А. Н. МАНДЕЛЬШТАМЪ.

Третій Драгоманъ ИМПЕРАТОРСКАГО Россійскаго Посольства въ Константинополѣ.

ГААГСКІЯ КОНФЕРЕНЦІИ

о

КОДИФИКАЦІИ

МЕЖДУНАРОДНАГО ЧАСТНАГО ПРАВА.

Πάντα ῥεῖ

Томъ I.

КОДИФИКАЦІЯ МЕЖДУНАРОДНАГО ЧАСТНАГО ПРАВА.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
1900.

A Monsieur 1047.
Louis Renault

Hommage respectueux

ГААГСКІЯ КОНФЕРЕНЦІИ

о

КОДИФИКАЦІИ

МЕЖДУНАРОДНАГО ЧАСТНАГО ПРАВА.

de l'auteur reconnaissan[t]

Constantinople 1. I. 1901.

A. N. MANDEL'SHTAM" (i.e. Mandelstam)

А. Н. МАНДЕЛЬШТАМЪ.

Третій Драгоманъ ИМПЕРАТОРСКАГО Россійскаго Посольства въ Константинополѣ.

GAAGSKĪIA KONFERENTSĪI

ГААГСКІЯ КОНФЕРЕНЦІИ

O

О

KODIFIKATSĪI

КОДИФИКАЦІИ

MEZHDUNARODNAGO CHASTNAGO PRAVA

МЕЖДУНАРОДНАГО ЧАСТНАГО ПРАВА.

Πάντα ῥεῖ

Томъ I.

КОДИФИКАЦІЯ МЕЖДУНАРОДНАГО ЧАСТНАГО ПРАВА.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
1900.

По опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго С.-Петербургскаго университета печатать разрѣшается 14 Февраля 1900 года.

Деканъ *В. Лебедевъ.*

Типографія А. Бенке, Новый переулокъ № 2.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Авторъ настоящаго труда глубоко убѣжденъ въ томъ, что идея универсальнаго, общечеловѣческаго гражданскаго права— утопія, и притомъ крайне непривлекательнаго характера. Идея эта, какъ и родственныя ей идеи всемірнаго государства и всемірнаго языка, основана на полномъ отрицаніи одного изъ существенныхъ элементовъ всякаго прогресса—начала разнообразія. Нѣтъ сомнѣнія, что человѣческому духу глубоко врождено стремленіе къ единству, но это единство не предполагаетъ вовсе нивеллировки всего существующаго богатства формъ общественной жизни. Исчезновеніе какого нибудь культурнаго народа, гибель какого нибудь культурнаго языка есть чувствительная потеря для всего человѣчества. Представимъ себѣ исчезновеніе русской культуры до произнесенія слова Льва Толстого, порабощеніе Германіи до появленія Гетевскаго Фауста, гибель Англіи до расцвѣта генія Шекспира.

Но на каждой націи лежитъ не только культурная, но и юридико-политическая миссія—обезпечить миръ и правду какъ внутри государства, такъ и въ международныхъ отношеніяхъ. И для достиженія этой священной цѣли, каждое государство нуждается въ защитѣ со стороны публичнаго и частнаго международнаго права.

Публичное международное право обезпечиваетъ каждому, самому маленькому государству независимость, т. е. свободу проявлять свою политическую индивидуальность. Частное международное право обезпечиваетъ законамъ каждой страны сферу вліянія, требуемую интересами международнаго общенія.

Борьба за существованіе кипитъ на всемъ земномъ шарѣ, но далеко не всюду и всегда съ одинаковой силою. Поэтому право, регулирующее эту борьбу, должно быть различно по времени и по мѣсту. Государства не могутъ развиваться съ одинаковою быстротою и силою, и очень часто одно отстаетъ отъ другого. Было бы, поэтому, безполезно навязать всѣмъ одно и то же гражданское право; черезъ нѣкоторое время возникло бы то же различіе, такъ какъ чуждые юридическіе наносы были бы отброшены какъ несвоевременные или неумѣстные. Правовыя воззрѣнія народовъ конечно, во многомъ сходятся; все же въ нихъ, какъ и въ языкѣ, выражается народная самобытность; желаніе заковать всѣхъ въ одинаковую правовую броню, коренится въ деспотическомъ и шовинистическомъ мечтаніи размѣстить всѣ народы по казармамъ всемірнаго государства, которое (смотря по національности мечтателя) будетъ ничѣмъ инымъ, какъ расширеніемъ того или другого конкретнаго политическаго организма.

Не къ такому мертвящему единству ведетъ международное частное право. Оно не уничтожаетъ законовъ отдѣльныхъ странъ, но, наоборотъ, обезпечиваетъ имъ полноту дѣйствія. Не препятствуя дифференціаціи гражданскихъ законовъ, оно служитъ въ то же время ихъ интеграціи.

Такая интеграція предполагаетъ, конечно, что международное частное право возвышается, какъ единая цѣльная система надъ разнообразіемъ частныхъ законовъ. Не то мы

видимъ пока въ дѣйствительности. Каждое государство имѣетъ не только свои особенные матеріальные законы, но и свой особый ключъ для разрѣшенія конфликтовъ его законовъ съ иностранными; другими словами, существуютъ не только русское, французское, англійское частное право, но также русское французское, англійское международное частное право.

Такой порядокъ вноситъ разладъ и сумятицу въ международныя отношенія индивидовъ. Бракъ, законный въ одной странѣ, считается недѣйствительнымъ въ другой, такъ какъ въ первой бракоспособность опредѣляется по національному закону, а во второй по закону мѣста жительства; а потому и дѣти считаются законными въ одной странѣ, незаконными въ другой. Одинъ и тотъ же договоръ обсуждается у насъ по закону страны возникновенія, за границей — по закону страны исполненія. Недвижимость иностранца по однимъ законамъ переходитъ къ наслѣдникамъ согласно закону мѣста ея нахожденія, по другимъ — сообразно національному закону наслѣдодателя и т. д. и т. д.

Очевидно, что такое неустойчивое положеніе вещей не можетъ болѣе продолжаться. Между всѣми государствами совершается безпрерывный обмѣнъ людей, необходимый для преуспѣянія всего международнаго общенія. Необходимо, чтобы эти люди знали точно, какимъ законамъ они подчинены въ своихъ международныхъ оборотахъ. Необходимо, чтобы эти люди считались всѣми государствами или женатыми или холостыми; или законными наслѣдниками даннаго лица, или нѣтъ; или связанными даннымъ договоромъ или нѣтъ. Невозможно и ненормально допустить, чтобы гражданскія права и обязанности индивида безпрестанно мѣнялись бы, въ зависимости отъ переѣзда его черезъ границу, или отъ мѣста суда.

изучивъ также степень развитія современныхъ международныхъ отношеній, наука прилагаетъ критику разума къ существующему порядку вещей и требуетъ соотвѣтствующихъ измѣненій. То, что вчера признавалось наукой, сегодня можетъ быть ею подвержено сомнѣнію, а завтра измѣнено по ея указаніямъ. Жизнь постоянно мѣняется, а съ нею должно мѣняться и право. Право должно направлять международную жизнь къ все большей дифференціаціи и интеграціи, и если оно останавливается, не слѣдитъ за жизнью, — тогда оно становится вреднымъ тормазомъ, и тутъ уже священный долгъ науки сказать свое вѣское слово. Вотъ какъ намъ кажется, слѣдуетъ понимать слова Бинкерсгука: „Ratio, inquam, ipsa ratio juris gentium est anima“. Поэтому позитивность нашего метода не означаетъ вовсе низведенія науки на степень регистратора всемірной исторіи. Наука—не право, но она оказываетъ огромное вліяніе на его развитіе и потому мы старались внимательно прислушаться къ голосу всѣхъ ея представителей въ нашей области.

Но дать желательное единство международнаго частнаго права наука столь же безсильна, сколько и отдѣльныя территоріальныя законодательства. Наука дѣйствительно, всегда старалась построить единую теорію международнаго права, но такъ какъ она шла дедуктивнымъ путемъ, то теорія эта оказывалась лишенной объективности и примѣнимости къ жизни. Отдѣльные территоріальные законодатели, наоборотъ, создавали иногда путемъ индукціи позитивныя системы международнаго частнаго права, но при этомъ ни мало не заботились о соотвѣтствіи этихъ системъ системамъ сосѣдей. Поэтому, единства не было достигнуто ни здѣсь, ни тамъ.

Изъ этого положенія есть только одинъ выходъ — это

Наукѣ международнаго частнаго права до сихъ поръ не особенно посчастливилось въ Россіи. Можно даже сказать, что для нея у насъ почти ничего не сдѣлано, а между тѣмъ жизнь не ждетъ, а идетъ своимъ чередомъ. Сотни тысячъ иностранцевъ пребываютъ временно или постоянно въ предѣлахъ Россіи, а гражданскія правообязанности ихъ, неясно очерченныя закономъ, практикою подчиняются почти всегда территоріальному праву. Правообязанности нашихъ подданныхъ за границей тоже далеко не безспорны. Неужели Россія, идущая во главѣ всѣхъ народовъ въ области публичнаго международнаго права, отстанетъ отъ нихъ въ области частнаго? Неужели признаніе правъ иностранныхъ гражданъ менѣе священно, чѣмъ признаніе правъ иностранныхъ государствъ? Вспомнимъ слова Цицерона: Qui autem civium rationem dicunt habendam, externorum negant, ii dirimunt communem humani generis societatem!".

Наше правительство уже отвѣтило на этотъ вопросъ и вскорѣ Россія будетъ слѣдовать общеевропейскому международному частному праву, о которомъ нынѣ наши суды, къ сожалѣнію, имѣютъ весьма смутное понятіе. Оно и не удивительно. Тогда какъ на Западѣ существуютъ особыя каѳедры и особая наука международнаго частнаго права, отличныя отъ каѳедръ и науки публичнаго jus gentium, у насъ частное международное право всецѣло поглощено публичнымъ и въ литературѣ и въ преподаваніи.

Настоящій трудъ, насколько автору извѣстно, первое сочиненіе въ нашей литературѣ, посвященное разработкѣ международнаго гражданскаго права. Отдавая его на судъ читателя, мы позволимъ себѣ выразить надежду, что онъ вынесетъ изъ него убѣжденіе, что авторъ, если и очень часто

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Исторія основныхъ идей международнаго частнаго права.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Принципъ справедливости въ итальянской теоріи статутовъ.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Дѣленіе законовъ по объекту во французской теоріи статутовъ.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Источники международнаго частнаго права.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

ОТДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Кодификація международнаго частнаго права.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Отдѣлъ первый.

Исторія основныхъ идей международнаго частнаго права.

Глава первая.

Отсутствіе международнаго частнаго права въ древности.

Международное частное право не могло возникнуть въ древности. Не говоря уже о народахъ теократическихъ — Египтянахъ, Индусахъ, Евреяхъ, ни Греки, ни даже Римляне не возвысились до признанія личности иностранца. Въ законахъ Ману (XII, 43) иностранецъ на общественной лѣстницѣ стоитъ ниже слоновъ, лошадей и судрà; онъ только выше дикихъ животныхъ. Евреи — избранный народъ — считаютъ богоугоднымъ дѣломъ истребленіе другихъ народностей. Ненависть Египтянъ ко всему иностранному или нечистому и стараніе предохранить себя отъ всякаго соприкосновенія съ этимъ элементомъ — общеизвѣстный фактъ. Война и рабство — иностранцамъ, вотъ лозунгъ древняго теократическаго міра, да и такъ называемые торговые народы, Финикіяне и Карѳагеняне, были не столько носителями идеи мирнаго обмѣна, сколько пиратами и работорговцами. У грековъ можно замѣтить нѣкоторые зачатки, если не международнаго, то „междугородоваго“ права — тому свидѣтельства „изополитіи“ и

институтъ проксеновъ [1]). Что же касается иностранцевъ, заклейменныхъ позорнымъ прозвищемъ варваровъ, то они, по мнѣнію Эллиновъ, уже по самой своей природѣ были рождены для рабства, которое защищалось даже Аристотелемъ.

На XII таблицахъ народа, завѣщавшаго намъ дивную систему гражданскаго права, было начертано: Adversus hostem aeterna auctoritas esto. Однако политика Рима, которая не довольствовалась отрицаніемъ иностраннаго элемента, а стремилась къ его подчиненію, не могла не привести къ смягченію этой формулы. Все новые и новые народы входили въ составъ или сферу вліянія Римской республики, сохраняя извѣстную долю автономіи и юрисдикціи, и съ теченіемъ времени, иностранцы изъ hostes превратились въ peregrini.

Подъ перегринами Римляне разумѣли какъ всѣхъ римскихъ подданныхъ, не пользующихся всѣми гражданскими правами, такъ и дѣйствительныхъ иностранцевъ. Сюда относятся латиняне, лишенные j. connubii; перегрины въ тѣсномъ смыслѣ (жители провинціи, подчинившіеся на основаніи договора), которые не имѣли ни j. connubii, ни j. commercii; dediticii, подчинившіеся безъ договора; варвары.

Римскіе cives нигдѣ и никогда не подпадали иностранному праву. Дѣла между гражданами и перегринами (въ тѣсномъ смыслѣ) и перегриновъ между собою въ Римѣ разбиралъ Praetor Peregrinus, который руководствовался jus gentium, т. е. правомъ, „quod apud omnes gentes peraeque custoditur"; j. gentium, по самому опредѣленію не могло противорѣчить juri civili. Положеніе перегриновъ регулировалось однако не только j. gentium, но и спеціальными законами, а въ области семейнаго и наслѣдственнаго права они подлежали своимъ

[1]) Но это были только отступленія отъ общаго закона древности — права сильнаго, которое съ необыкновенною циничностью формулировано Аѳинянами во время Пелопонеской войны (Ѳукидидъ V, 89, 105): „Люди рѣшаютъ дѣла между собою по законамъ справедливости только тогда, когда одинаковая необходимость ихъ принуждаетъ къ этому; но тѣ, кто сильнѣе, дѣлаютъ то, что могутъ, а слабые должны подчиниться". (Laurent I, 107).

національнымъ законамъ [1]). Dediticii же считались не имѣющими отечества и посему во всѣхъ отношеніяхъ подчинялись juri gentium [2]).

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что „Римляне не обладали даже намекомъ на международное гражданское право“ [3]). Граждане подчинялись квиритскому праву, перегрины своему національному; когда эти права сталкивались, выступало j. gentium. Поэтому Римское государство скорѣе представляло въ зародышѣ систему личныхъ правъ, въ родѣ Германской въ началѣ среднихъ вѣковъ [4]).

Конституція Каракаллы распространила право гражданства на всѣхъ подданныхъ Имперіи; такимъ образомъ перегринами остались одни варвары, положеніе которыхъ очень трудно выяснить [5]). Правда, Савиньи [6]) думаетъ, что Constitutio Antonina имѣла только политическое значеніе, но Баръ [7]) правильно указываетъ, что самая цѣль конституціи,— распространеніе налога на наслѣдства перегриновъ — исключаетъ такое толкованіе.

Во всякомъ случаѣ въ Юстиніановомъ законодательствѣ не сохранилось, согласно компетентному мнѣнію того же Савиньи, никакихъ указаній, относящихся къ разрѣшенію случаевъ столкновенія законовъ. Точно также и Вехтеръ [8]) находитъ, что изъ римскаго права нельзя вывести никакого иного положенія, кромѣ подчиненія иностранцевъ naturali rationi, а Баръ [9]) доказываетъ, что всѣ мѣста источниковъ,

[1]) По мнѣнію Лорана, въ Римѣ перегрины подлежали juri gentium, а въ провинціяхъ своимъ національнымъ законамъ (I, № 110).

[2]) Лоранъ приравниваетъ къ dediticii и настоящихъ иностранцевъ-варваровъ (I, p. 166). Но положеніе послѣднихъ вообще трудно опредѣлить, и мнѣнія спорны (Bar, Theorie und-Praxis I p. 20; Weiss, Traité élémentaire, p. 16).

[3]) Laurent, l. c. I, p. 160.

[4]) Bar, l. c. I, 22.

[5]) Laurent, l. c., I, № 108—111.

[6]) System des heutigen Römischen Rechts, VIII. S. 88.

[7]) I, 21, примѣчаніе.

[8]) I, 246—252. [9]) I, 23.

обыкновенно относимыя къ столкновенію законовъ, въ дѣйствительности имѣютъ совсѣмъ другое значеніе. Ассеръ и Ривье [1]) замѣчаютъ: въ настоящее время признано, что Римскіе тексты не содержатъ международнаго гражданскаго права.

Въ началѣ среднихъ вѣковъ крайній индивидуализмъ германскихъ варваровъ привелъ къ системѣ личныхъ правъ. Во франкской монархіи каждый жилъ по закону своего племени. Эта система отличается отъ Римской только тѣмъ, что здѣсь нѣтъ различія j. civile и j. gentium. Всѣ свободные люди одинаково правоспособны. Иностранцы же (warganei) внѣ закона, если не находятся подъ покровительствомъ германца [2]).

Система личныхъ правъ къ концу X вѣка смѣнилась территоріальной. По выраженію Минье [3]), земля какъ бы владѣла человѣкомъ; феодальная система сдѣлалась какъ бы религіей земли (Мишле). Положеніе иностранцевъ отъ этого, конечно, не улучшилось. Droit d'aubaine и береговое право краснорѣчиво показываютъ, что кулакъ царствовалъ въ средніе вѣка не только въ области публичныхъ международныхъ отношеній.

Знаменитый бельгійскій ученый Лоранъ, горячій поклонникъ германскаго индивидуализма, объясняетъ зарожденіе международнаго частнаго права совокупнымъ вліяніемъ системы личныхъ правъ и феодализма [4]). Лэне [5]) обвиняетъ Лорана въ томъ, что онъ смѣшиваетъ личный и потому экстратерриторіальный характеръ, который современная наука придаетъ правамъ иностранца, съ тѣмъ порядкомъ вещей,

---

[1]) Eléments de Droit International Privé (p. 6).

[2]) Weiss, l. c., 17 ссылается, между прочимъ, на Meginhard. Traslatio sancti Viti, c. 13: Peregrinum qui patronum non habebat vendebant Saxones.

[3]) Mignet, De la féodalité, 1 partie, ch. 3: L'homme est en quelque sorte possédé par la terre.

[4]) Laurent, Droit Civil International, I, 219—273; въ особенности см. № 177: Le germe du droit international privé se trouve dans le système de la personnalité du droit.

[5]) Lainé, Introduction au Droit International Privé, I, 56 и слѣд.).

когда подданные одного и того же государства подчинены во всѣхъ отношеніяхъ своему инородческому закону. Система личныхъ правъ въ томъ видѣ, въ какомъ она господствовала у германцевъ, господствуетъ отчасти еще теперь въ Турціи, въ Алжирѣ и въ Россіи, т. е. инородцы управляются своими гражданскими законами. Что же общаго между этой системой и опредѣленіемъ личныхъ правъ иностранца по закону его отечества или мѣстожительства? Обѣ системы даже иногда сосуществуютъ.

Правда, Лоранъ сознаетъ самъ это различіе [1]) и даже согласенъ, что „нѣтъ ничего общаго между личнымъ правомъ варваровъ и международнымъ частнымъ правомъ, если держаться фактовъ и законовъ [2]), но всетаки видитъ зародышъ международнаго частнаго права въ системѣ личныхъ правъ“ [3]). Это противорѣчіе можно было бы еще толковать такъ, что германскій духъ косвенно повліялъ на систему личныхъ статутовъ. Однако и такое толкованіе устраняется дальнѣйшей аргументаціей Лорана. То же проявленіе Германскаго духа онъ видитъ въ феодализмѣ: идея независимости просто была перенесена съ лица на землю и такимъ образомъ возникъ принципъ территоріальности [4]). Это, конечно, вѣрно. Но разъ уже германскій геній вылился въ форму феодализма, нельзя на него ссылаться для объясненія того личнаго начала, которому впослѣдствіи феодализмъ долженъ былъ сдѣлать уступки; нельзя отождествлять принципъ международнаго частнаго права съ принципомъ германскаго индивидуализма [5]).

---

[1]) Laurent, l. c. I, № 171, 172.
[2]) l. c. № 177.
[3]) l. c. № 177.
[4]) l. c. № 198.
[5]) Laurent (l. c. p. 248); Lainé l. c. I, p. 70 et 71.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Принципъ справедливости въ итальянской теоріи статутовъ [1]).

§ 1. Возникновеніе теоріи статутовъ.

Вопросы, порождаемые столкновеніемъ законовъ, впервые подверглись обсужденію въ знаменитой теоріи статутовъ, родина которой въ Сѣверной Италіи. Ломбардскіе города рано достигли такого блеска и могущества, который позволилъ имъ уже въ XII вѣкѣ лишить сюзеренитетъ германскаго императора всякой реальности; каждый городъ представлялъ изъ себя особую политическую и соціальную единицу, съ особыми законами или статутами. Но въ то же время во всей Ломбардіи дѣйствовало какъ „jus commune" право римское, которое съ XII вѣка пріобрѣло вновь огромный авторитетъ и стало преподаваться въ многочисленныхъ школахъ. Такимъ образомъ легко объясняется появленіе школы постглоссаторовъ (или комментаторовъ глоссъ), которые старались разграничить сферы вліянія римскаго и статутарнаго права, а также статутовъ между собою.

Итальянскіе постглоссаторы были ослѣплены величіемъ римскаго права и питали къ нему почти суевѣрное уваженіе. На статутарное же право они смотрѣли съ презрѣніемъ, надѣляя его нелестнымъ прозвищемъ ослинаго права (jus asinorum) [2]). Они даже разсматриваютъ вопросъ о дѣйствительности статутовъ, противорѣчащихъ римскому праву. И если самый духъ справедливости этого права не позволяетъ постглоссаторамъ объявить такіе статуты ничтожными, они зато лишаютъ ихъ всякаго экстратерриторіальнаго дѣйствія.

---

[1]) Мартенсъ, Международное Право, II, § 66. Laurent, Droit Civil International I, pp. 273–335; Lainé, Introduction, I, pp. 45–56 и 92–115. Bar, Theorie und Praxis I, §§ 17, 18. Barde, Théorie Traditionelle des Statuts, Bordeaux 1880, passim, особенно pp. 1–50.

[2]) Laurent, l. c. I, 276.

Итальянскіе авторы излагаютъ обыкновенно свое ученіе о столкновеніи законовъ при объясненіи Lex „Cunctos Populos quos clementiae nostrae regit imperium", т. е. перваго закона титула „De Summa Trinitate" кодекса Юстиніана. Этимъ закономъ императоры Граціанъ, Валентиніанъ и Θеодосій объявляютъ обязательность для своихъ подданныхъ догмата Св. Троицы. Глоссаторъ Accursus сдѣлалъ знаменитую глоссу: „Если противъ жителя Болоньи вчинается искъ въ Моденѣ, онъ не долженъ судиться по законамъ Модены, которымъ онъ не подчиненъ; такъ какъ сказано: тѣ, коими управляетъ власть нашей милости" (Quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae, quibus non subest; cum dicat quos nostrae clementiae regit imperium). Эта глосса сдѣлалась отправнымъ пунктомъ итальянской доктрины статутовъ. Текстъ, къ которому она относится, конечно, не имѣетъ ничего общаго съ международнымъ частнымъ правомъ, и многіе высмѣиваютъ за это итальянскихъ легистовъ, думавшихъ, что все и вся предусмотрѣно въ римскомъ правѣ. Нельзя однако отрицать, что слова „Cunctos populos" могли навести на мысль о границахъ власти [1]).

Статутарная теорія, основанная постглоссаторами, изъ Италіи проникла во Францію, Германію, Бельгію и Голландію. Во Франціи эта доктрина господствовала до составленія Code Civil; голландскіе статутаріи оказали огромное вліяніе на англійскую и американскую юриспруденцію. Но, конечно, теорія статутовъ не оставалась всегда и всюду одной и той же; въ каждой странѣ и въ каждую эпоху она проявляется своеобразно. Между тѣмъ многіе (напр. Foelix) смотрятъ на эту теорію, какъ на нѣчто цѣльное, и готовы ссылаться, для подкрѣпленія одного и того же положенія, на Бартола и Бугіе, на Дюмулена и Д'Аржантрэ.

По классификаціи Лэне [2]) слѣдуетъ строго различать три школы: итальянскую, представителемъ которой является Бар-

[1]) Lainé, l. c. I, 105—108.
[2]) Lainé, l. c. pp. 50—54.

толъ, господствовавшую до XVI вѣка и оказавшую вліяніе на югъ Франціи; эта теорія отличается своимъ духомъ справедливости, замѣняющимъ для нея всякій методъ. Только во второй теоріи — французской — возникаетъ принципіальное дѣленіе статутовъ на личные, реальные и смѣшанные; эта доктрина, дожившая до Code Civil, основана Д'Аржантрэ. Наконецъ, съ конца XVII вѣка голландская школа провозглашаетъ начало строгой территоріальности, смягчаемой только во имя такъ называемой международной вѣжливости, или comitas.

Крылья итальянской мысли были спутаны двумя фикціями: о ненарушимости римскихъ текстовъ и о главенствѣ германскаго императора надъ всѣмъ міромъ. Это главенство находилось въ вопіющемъ противорѣчіи съ дѣйствительностью, а юстиніаново законодательство, какъ уже было сказано, не содержитъ вовсе началъ нашей науки. Тѣмъ болѣе слѣдуетъ удивляться тѣмъ замѣчательнымъ правиламъ, которыми мы обязаны постглоссаторамъ.

Итальянской доктринѣ не посчастливилось у позднѣйшихъ писателей. Находясь подъ ея незамѣтнымъ, но несомнѣннымъ вліяніемъ, они считали ее схоластичной и безполезной. Такъ напримѣръ Д'Аржантрэ считаетъ ее недостойной маленькихъ дѣтей, Фроланъ—противной здравому смыслу [1]). Между тѣмъ такое отношеніе въ высшей степени несправедливо; оно, какъ мы увидимъ ниже, имѣетъ въ виду толкованіе по буквѣ закона, рекомендованное Бартоломъ въ частномъ случаѣ, толкованіе, ошибочно возведенное въ основной принципъ итальянской школы.

Лоранъ не раздѣляетъ общаго мнѣнія о постглоссаторахъ [2]). Онъ признаетъ за ними тенденцію считать всѣ статуты личными, тенденцію, составляющую, по его мнѣнію, ихъ славу [3])

---

[1]) Laurent, Droit Civil International, I, p. 300.
[2]) l. c. № 216.
[3]) l. c. p. 281.

и восторжествовавшую въ современной итальянской школѣ. Врожденные враги феодализма — юристы ломбардскихъ городовъ, сдѣлались защитниками личнаго статута, который они потомъ, конечно, пытались основать на римскомъ правѣ, источникѣ всякой истины [1]).

Не таково мнѣніе новѣйшаго поборника итальянской теоріи статутовъ, парижскаго профессора Армана Лэне. [2]) Указавъ, въ свою очередь, какъ пекстати итальянскіе юристы ссылаются на Corpus juris, онъ утверждаетъ, что они, собственно говоря, не имѣли никакой системы. Каждый отдѣльный случай они разрѣшали согласно природѣ вещей [3]), и различіе личныхъ и реальныхъ статутовъ было для нихъ только однимъ изъ многихъ другихъ подраздѣленій.

Итальянская теорія статутовъ до послѣдняго времени изслѣдована весьма мало. Лоранъ говоритъ о статутаріяхъ въ первомъ параграфѣ своей главы, посвященной доктринѣ статутовъ, называя ихъ глоссаторами [4]); страницы эти содержатъ лишь общую картину. Но въ самое послѣднее время появились первые два тома капитальнаго сочиненія Лэне, которое мы уже цитировали и въ которомъ впервые итальянская и другія теоріи статутовъ подробно проанализированы и освѣщены лучемъ современной науки [5]).

---

[1]) Laurent, l. c, I, № 236: Chez les glossateurs c'est la personnalité qui domine.

[2]) Armand Lainé, Introduction au Droit International Privé, pp. 108—115.

[3]) Lainé l. c. I, p. 113.

[4]) l. c. I, pp. 273—335.

[5]) Мы считаемъ, однако, нужнымъ обратиться къ изученію самихъ статутаріевъ. Самый выводъ Лэне, приписывающаго итальянской школѣ примѣненіе метода, составляющаго славу Вехтера, Савиньи и Бара, не позволяетъ ограничиться воспроизведеніемъ тонкихъ наблюденій парижскаго ученаго. Мы позволимъ себѣ слѣдовать ему лишь въ порядкѣ изложенія доктринъ по времени и заимствовать у него содержаніе менѣе важныхъ ученій.

§ 2. Предшественники Бартола [1]).

Итальянская теорія статутовъ возникла во второй половинѣ XIII вѣка, когда вмѣсто коротенькихъ отрывочныхъ замѣчаній на поляхъ Corpus Iuris (т. наз. глоссъ), стали появляться болѣе подробные комментаріи постглоссаторовъ.

У Бартола были предшественники и современники въ Италіи и въ южной Франціи, находившейся въ тѣсномъ духовномъ общеніи со своей сосѣдкой. Изъ нихъ нѣкоторые имѣютъ значеніе въ особенности для исторіи международнаго наслѣдственнаго права.

Такъ, знаменитый Дюранъ (1237—1296), прозванный Спекуляторомъ, въ своемъ „Зерцалѣ Права" (Speculum Iuris, Editio Augustae Taurinorum 1578) приводитъ мнѣнія, по которымъ форма завѣщанія, отступающая отъ римской, иногда можетъ быть признана за предѣлами установившаго ее статута [2]). А подъ рубрикой „De sententia" [3]) Дюранъ утверждаетъ, что способность быть наслѣдникомъ обсуждается по закону страны происхожденія наслѣдника; фламандка, говоритъ онъ, можетъ наслѣдовать мужу въ странѣ, гдѣ женщины не наслѣдуютъ мужьямъ, такъ какъ законы Фландріи допускаютъ такое наслѣдованіе (Pone quidam Flandrensis obiit Januae et ibi in testamento suo uxorem heredem instituit; sed ecce, secundum consuetudinem Januae non potest uxor succedere viro, ex quo possessor bonorum se tuetur: in Flandria vero est contraria consuetudo, ex quo mulier replicat. Dic, quod mulier secundum consuetudinem Flandriae, ubi litigatur, potior est in adeunda hereditate).

Международное наслѣдственное право занимаетъ также Белльперша (Petrus a Bella-Pertica, 1308; Repetitiones in aliquot divi Justiniani Imperatoris leges, Editio Francofurti ad

---

[1]) Lainé, Introduction I, pp. 115—131; Laurent, Droit. Civil International, I, pp. 273—335; Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. IV.

[2]) Durant l. c. lib. II, part 2, § 12, № 15—16.

[3]) Lib. II. Part III, § 5, № 2.

Maenum 1571). Белльпершъ находитъ, что англійскій законъ, лишающій жену или младшихъ сыновей всякаго права на наслѣдство, не примѣнимъ къ имуществу, находящемуся во Франціи, такъ какъ въ этомъ отношеніи французскій обычай реаленъ. (Ubi est consuetudo realis: nam cum sit realis, non inspecta persona ligat res gallicanas, non personas, cum onera realia ligant res secundum consuetudinem et statutum; l. c., lex Cunctos Populos, § 16).

Для того чтобы завѣщаніе могло оказать свое дѣйствіе и на имущество, находящееся заграницей, форма его должна соотвѣтствовать, по мнѣнію Белльперша, не l. loci actus, a lex rei sitae. Если кто либо составитъ завѣщаніе во Франціи при семи свидѣтеляхъ, оно недѣйствительно въ Англіи, гдѣ требуется 10 свидѣтелей.

Въ этомъ послѣднемъ вопросѣ (о формѣ завѣщанія) Белльпершъ расходится съ Цинусомъ (Cynus a Pistoria, 1270—1336; Super Codice et Digesto Lectura, Lugduni 1574), который высказывается за повсемѣстное признаніе legis loci actus (Quidam moderniores dicunt quod institutus habebit omnia bona; quia debet attendi locus ubi fit testamentum et dispositio haereditatis, licet bona sint alibi... et hoc credo verius (l. c., Lex C. P. § 5 in fine) [1]).

Мнѣніе Белльперша о переходѣ наслѣдства по закону принимается Цинусомъ, такъ какъ въ данномъ случаѣ статутъ не косвенно, а непосредственно касается имущества (nam in hac quaestione consuetudo directe et indirecte disponit de bonis.... sed in precedente quaestione non directe sed per consequens disponit de bonis; Cynus, l. c. § 6 in fine).

Самымъ замѣчательнымъ предшественникомъ Бартола слѣдуетъ, конечно, считать Альберика-де-Розате (Albericus de Rosate 1354; In primam Codicis Partem Commentaria, Ed. Venetiis 1586)

[1]) Должно, однако, замѣтить, что случай, разбираемый Цинусомъ, имѣетъ въ виду завѣщаніе, составленное по общему римскому праву, что нѣсколько умаляетъ значеніе его рѣшенія. (Ср. Lainé, l. c. I, p. 124).

Вопросы о формѣ завѣщанія и о наслѣдствахъ Альберикъ называетъ „прекрасными“ (pulchrae quaestiones). Первый вопросъ онъ рѣшаетъ въ пользу l. loci actus, хотя и не мотивируетъ своего мнѣнія; онъ указываетъ лишь римскіе законы, на которые ссылаются противники [1]), а въ подкрѣпленіе своего тезиса приводитъ другіе (l. c. § 26).

Но слава Альберика де Розате зиждется на его разрѣшеніи второго „прекраснаго“ вопроса (l. c. § 25). Наслѣдство ab intestato, говоритъ онъ, должно переходить не по l. rei sitae и не по закону мѣста, гдѣ наслѣдодатель умеръ, а по lex originis, по закону страны его происхожденія. Правда, Альберикъ мотивируетъ свое рѣшеніе очень странно, уподобляя наслѣдника кредитору, требованіе котораго погашается вслѣдствіе сліянія его личности съ личностью должника-наслѣдодателя (quia confunditur obligatio per successionem, quasi sit factus creditor idem cum persona debitoris). Но изъ этого только слѣдуетъ, что постглоссаторы сначала рѣшали вопросъ согласно природѣ вещей и потребностямъ жизни, а потомъ искали себѣ оправданія въ отдаленныхъ аналогіяхъ римскихъ текстовъ. И Лэне правъ, находя, что теорія Розате могла появиться только въ странѣ, свободной отъ узъ феодализма [2]).

Слѣдуетъ также упомянуть о Жанѣ Фабрѣ (Johannes Faber), жившемъ во второй половинѣ XIV вѣка: въ своемъ Breviarium in Codicem [3]) онъ высказывается въ пользу l. loci actus относительно формы завѣщанія, подчиняя за то порядокъ наслѣдованія legi rei sitae. (Quid ergo de illo qui testatur in loco, ubi est bona consuetudo, de rebus alibi positis, ubi est alia. Dicas, si sint diversae consuetudines in modo testandi, ut circa solennitates, quod attenditur consuetudo loci

---

[1]) Напримѣръ, что житель Бергама, составившій завѣщаніе въ Венеціи, находился тамъ лишь физически—corporaliter, et mente alienus, ut ff. de capti. et postliminis; или, что только деревенскіе жители могутъ составлять завѣщанія, противныя общему праву.

[2]) Lainé, l. c. I p. 127.

[3]) Editio Genevae 1594.

ubi testatur.... Si vero circa divisiones rerum et modos succedendi tunc consuetudo loci ubi res sunt positae spectaturi quia illae concernunt rem) [1]).

§ 3. Бартолъ.

(Bartolus a Sasso ferrato, 1314—1357) [2]).

Основателемъ доктрины статутовъ считается обыкновенно Бартолъ, и ему же приписывается схоластическое дѣленіе всѣхъ статутовъ на личные и реальные, по буквѣ текста.

Мы уже видѣли, что первое положеніе неточно; стоитъ бросить только бѣглый взглядъ на диссертацію Бартола, чтобы убѣдиться въ ложности второго [3]). Въ самомъ дѣлѣ. Бартолъ разбиваетъ матерію на 9 вопросовъ, трактуя послѣдовательно: 1) о договорахъ; 2) о деликтахъ; 3) о завѣщаніяхъ; 4) о матеріяхъ, которыя ни договоры, ни деликты, ни завѣщанія; 5) о примѣненіи статутовъ къ духовенству; 6) о дѣйствіи запретительныхъ статутовъ внѣ территоріи; 7) о распространеніи за предѣлы территоріи статутовъ дозволительныхъ; 8) и 9) пункты касаются международнаго уголовнаго права.

Такимъ образомъ Бартолъ считаетъ нужнымъ разсматривать отдѣльно каждый вопросъ международнаго частнаго права. Мало того, въ каждую изъ перечисленныхъ рубрикъ онъ вноситъ новыя подраздѣленія. Такъ въ отдѣлѣ, посвященномъ контрактамъ, Бартолъ различаетъ форму договора (ipsius contractus sollemnitatem), которая подчиняется lex loci contractus, отъ его содержанія, которая обсуждается по этому закону лишь относительно своихъ естественныхъ элементовъ (de his quae oriuntur secundum ipsius contractus naturam); тѣ же послѣдствія договора, которыя являются непредвидѣнными, вслѣдствіе небрежности или просрочки, обсуждаются или по

---

[1]) Breviarium in Cod. Libr. I, Lex Cunctos Populos, § 19.

[2]) Срав. Lainé, Introduction I, pp. 131—164; Laurent Droit Civil International, I, pp. 273—335 passim; Bar, Theorie und Praxis I, pp. 37—40.

[3]) Bartolus, In Codicem Justinianeum, Ad primum Librum, Tit. de Summa Trinitate, Lex Cunctos Populos. Lugduni 1563.

lex loci solutionis или по lex fori. Тутъ же мы находимъ различеніе между матеріальнымъ правомъ (ipsius litis decisio) и процессуальнымъ (litis ordinatio); послѣднее всегда подчиняется закону суда (Bartolus, l. c. §§ 14 — 18).

Методъ Бартола такимъ образомъ ничѣмъ не отличается отъ метода современной германской школы. Но и матеріальный критерій, которымъ руководствуется знаменитый постглоссаторъ, представляетъ намъ любопытныя аналогіи съ названнымъ направленіемъ. Бартолъ старается, какъ и Савиньи, найти рѣшеніе, наиболѣе соотвѣтствующее требованіямъ разума и справедливости. Пресловутая „Natur der Sache“ несомнѣнно вдохновляла родоначальника итальянской школы статутовъ.

Принципъ естественной справедливости въ германской школѣ, какъ мы увидимъ ниже, очень часто сливается съ принципомъ цѣли даннаго территоріальнаго законодательства, чѣмъ онъ, очевидно, утрачиваетъ всякое подобіе объективнаго базиса. Уже теорія Бартола наглядно подтверждаетъ истинность этого положенія. Авторъ дѣлаетъ попытку раціональной конструкціи личнаго статута. Личныя права иностранцевъ, говоритъ онъ, не могутъ обсуждаться по нашему статуту, такъ какъ лицо не мѣняется въ своей сущности вмѣстѣ съ перемѣною мѣстонахожденія, а сущность эта другая въ разныхъ странахъ (Sed ubicunque persona non est uniformis, Bartolus, l. c. § 26). Поэтому, напримѣръ, законъ, запрещающій мужу назначить наслѣдницей жену, не касается иностранцевъ (l. c. § 26, s), какъ не касается ихъ и статутъ, разрѣшающій составить завѣщаніе сыну семейства (l. c. § 25). Отъ этихъ разсужденій одинъ шагъ до объективнаго обоснованія экстратерриторіальности личнаго статута потребностями международной жизни. Но Бартолъ не дѣлаетъ этого шага. Установляя, что территоріальный законъ о личныхъ правахъ не касается иностранцевъ, онъ ограничивается этой отрицательной формулой и не говоритъ, какому же закону подчинены эти иностранцы. Можно, конечно,

думать, что здѣсь примѣнимы тѣ же принципы, которые выставляются при обсужденіи положенія туземцевъ за границей. Но если мы обратимся къ этимъ послѣднимъ, то окажется, что положительное дѣйствіе личнаго статута построено Бартоломъ только отчасти на соображеніяхъ отвлеченной справедливости.

Говоря о положеніи туземцевъ заграницей, Бартолъ различаетъ статуты запретительные (statuta prohibitoria), т. е. запрещающіе что либо, разрѣшенное римскимъ правомъ, и дозволительные (statuta permissoria), расширяющіе свободу лица уничтоженіемъ какого либо стѣсненія (tollentia obstaculum qualitatis personae, Bart. l. c. § 40). Запретительный статутъ, изданный въ виду лица (in personam) имѣетъ внѣземельную силу лишь тогда, когда его запретъ имѣетъ льготный (favorabilis), а не стѣснительный (odiosa) характеръ. Такъ, запрещеніе легатовъ между супругами слѣдуетъ считать льготнымъ, потому что оно имѣетъ цѣлью предупредить взаимную эксплоатацію (ne mutuo amore se ad invicem spolient vel decipiant, l. c. § 32, c.); напротивъ того, исключеніе дочери изъ наслѣдства есть prohibitio odiosa и не распространяется на иностранную недвижимость (Bart. l. c. § 33). Что же касается дозволительныхъ статутовъ, то ихъ внѣземельная сила обусловлена согласіемъ съ римскимъ правомъ. Такъ напр., filius familias (Bart. l. c. § 40), обладающій способностью завѣщать по нашему статуту, не только не можетъ составить завѣщанія за границей, но даже завѣщаніе, составленное имъ у насъ, недѣйствительно въ странахъ римскаго права (Bart. l. c. § 41). Но тутъ Бартолъ считаетъ нужнымъ привести также аргументъ, имѣющій болѣе объективное значеніе вещей. Расширеніе личныхъ правъ подданныхъ можетъ повредить третьимъ лицамъ въ странахъ, гдѣ это расширеніе не признано (faceret alteri prejudicium, l. c. § 41, s).

Очевидно, что схоластическое различеніе запретительныхъ и дозволительныхъ, стѣснительныхъ и льготныхъ статутовъ по самой своей искусственности и произвольности не можетъ

претендовать на значеніе научнаго критерія. Но эта теорія даже не послѣдовательна: аргументъ, приводимый въ пользу территоріальности дозволительныхъ статутовъ, можно обратить и противъ экстратерриторіальности льготныхъ запретительныхъ законовъ. Интересы третьихъ лицъ могутъ пострадать отъ распространительнаго дѣйствія любого закона, и если руководиться ими, то дѣленіе Бартола теряетъ всякое значеніе.

О реальномъ статутѣ Бартолъ говоритъ вообще мало и очень неопредѣленно. Иностранецъ, владѣющій домомъ на нашей территоріи, подчиняется нашимъ законамъ относительно этого дома, такъ какъ его право вытекаетъ изъ самой вещи (cum est quaestio de aliquo jure descendente ex re ipsa, Bart. l. c. § 26, s). Единственный мотивъ—ссылка на законъ 3, de aedificiis privatis, Cod. Just., и Лэне справедливо замѣчаетъ, что Бартолъ принимаетъ реальный статутъ за нѣчто данное, само собою разумѣющееся и не нуждающееся въ особомъ доказательствѣ [1]). Онъ не даетъ критерія реальности и тогда, когда различаетъ запретительные статуты respectu rei отъ изданныхъ in personam. Такой критерій предлагается лишь въ видѣ вспомогательнаго средства, при разборѣ столкновенія наслѣдственныхъ законовъ (l. c. §§ 42—43). Разбирая столкновеніе англійскаго закона, по которому наслѣдуетъ одинъ старшій сынъ, съ законами странъ римскаго права, Бартолъ даетъ то знаменитое правило, которое, по выраженію Лэне, одно уцѣлѣло въ памяти его хулителей. „Я думаю“, говоритъ онъ, „что слѣдуетъ обратить вниманіе на расположеніе словъ въ текстѣ статута“ (Mihi videtur, quod verba statuti sunt diligenter intuenda, l. c. § 42). Если сказано: „имущество умершихъ переходитъ къ перворожденному“ (Bona decedentium veniunt in primogenitum), то имущество переходитъ по l. rei sitae, такъ какъ „право относится къ самому имуществу“ (quia jus afficit res ipsas). Если же статутъ имѣетъ въ виду лицъ, напримѣръ, говоря: „Перворожденный на-

---

[1]) Il lui suffit d'obéir à une sorte d'évidence, Lainé, l. c. I, p. 143.

слѣдуетъ и т. д. (Primogenitus succedat...), тогда слѣдуетъ различать два случая. Наслѣдники покойнаго иностранца могутъ наслѣдовать его имущество въ Англіи по его праву, такъ какъ статутъ, касающійся лицъ, связываетъ лишь подданныхъ. Если же покойный былъ англичанинъ, то въ Англіи ему наслѣдуетъ одинъ старшій сынъ, а въ другихъ странахъ всѣ сыновья, такъ какъ англійскій статутъ ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть экстратерриторіальнымъ, считать ли его дозволительнымъ (изданнымъ въ пользу старшаго брата) или запретительнымъ (ограничивающимъ права младшихъ): въ первомъ случаѣ статутъ окажется противнымъ римскому праву, во второмъ — стѣснительнаго свойства (prohibitio odiosa).

Лоранъ [1]) думаетъ, что буквальное толкованіе текста введено Бартоломъ съ цѣлью увеличить объемъ дѣйствія личнаго статута. Правильнѣе однако принять мнѣніе Лэне [2]), который видитъ въ системѣ Бартола желаніе узнать волю законодателя, отъ котораго вѣдь зависитъ сдѣлать статутъ личнымъ или реальнымъ; и въ настоящее время законодательства различно относятся къ вопросу о единствѣ наслѣдства. А волю законодателя, по мнѣнію Бартола, можно узнать, между прочимъ, и изъ расположенія словъ.

Не слѣдуетъ упускать изъ виду, что всѣ рѣшенія Бартола формально мотивированы обильными ссылками на римскіе законы; но эти ссылки представляютъ только туманныя аналогіи и производятъ впечатлѣніе, будто онѣ пріисканы уже послѣ рѣшенія даннаго вопроса, для очищенія автора отъ упрека въ ереси, въ несогласіи съ римскимъ правомъ. Такъ напримѣръ, форма завѣщанія подчиняется Бартоломъ во всѣхъ случаяхъ legi loci actus. Чтобы оправдать это рѣшеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда завѣщаніе касается иностранной недвижимости, авторъ ссылается на римское testamentum in jure и на положеніе Acta facta coram uno judice faciunt fidem coram alio (Bartolus, l. c. § 37). Но въ другомъ мѣстѣ ясно выра-

[1]) Laurent, l. c. I, № 26.
[2]) l. c. I, pp. 156 — 161.

жена дѣйствительная причина, побудившая Бартола отдать предпочтеніе loci actus. Статутъ, уменьшающій число свидѣтелей при завѣщаніи, называется имъ „полезнымъ, хорошимъ и льготнымъ“ (consuetudo utilis et bona et favorabilis, Bartolus, l. c. § 23 m.) [1]).

На основаніи всего вышесказаннаго нельзя не признать, что главная заслуга Бартола заключается въ его методѣ, весьма далекомъ отъ приписываемаго ему обыкновенно дѣленія всѣхъ статутовъ на личные и реальные. Матеріальный же принципъ, изъ котораго обыкновенно исходитъ авторъ, принципъ цѣли закона, не позволяетъ ему возвыситься до объективнаго воззрѣнія на вопросы международнаго частнаго права.

§ 4. Бальдъ.

Достоинства и недостатки теоріи Бартола выясняются особенно при сравненіи ея съ ученіемъ Бальда [2]) (Baldus de Ubbaldis, 1327 — 1400) [3]).

Бальдъ прямо заявляетъ, что римская классификація лицъ, вещей и дѣйствій неясна (Considerandum est quod omne statutum aut disponit de personis, aut de rebus aut de actionibus: ut l. prima ff. de statu hominum. Sed ut clarius habeas, ego aliter procedo; Baldus, l. c. § 57). Затѣмъ онъ разсматриваетъ отдѣльно: 1) статуты, касающіеся правъ лицъ (§§ 57 — 93), включая сюда наслѣдственное право; 2) формальное право (jus formae et sollennitatis, §§ 93 — 95) и 3) преступленія (§§ 95 — 103).

Бальдъ, какъ и Бартолъ, различаетъ положеніе иностранцевъ въ предѣлахъ статута и туземцевъ заграницей. Нашъ статутъ не можетъ расширить дѣеспособности иностранца вопреки римскому праву (habilitare inhabiles, Baldus, l. c.

---

[1]) Ср. также у Lainé, I, p. 141.

[2]) Ср. Lainé, l. c. I. pp. 166 — 178; Laurent, l. c. I. pp. 297 — 337, passim, особенно NN 218 и 240.

[3]) См. Baldi Ubbaldi Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis librum, De Summe Trinitate L. I, §§ 57 — 103.

§ 58); чтобы воспользоваться нашими законами, иностранецъ долженъ основать у насъ свое мѣстожительство; домицилированный дѣлается какъ бы гражданиномъ (Nam ratione domicilii est effectus sub illa lege: quia quasi civis est, Baldus, l. c. § 59). Однако Бальдъ, какъ и Бартолъ, не говоритъ опредѣленно, какимъ же статутомъ управляются иностранцы. Приходится принять гипотезу Лэне[1]), что въ силу аналогіи иностранцы подчиняются въ каждомъ городѣ тому режиму, который установленъ для горожанъ, пребывающихъ заграницей.

Относительно послѣднихъ Бальдъ принимаетъ въ принципѣ дѣленіе статутовъ, касающихся лицъ, на дозволительные и запретительные (Baldus, l. c. § 62), какъ и положеніе, что первые не имѣютъ внѣземельной силы, если противны римскому праву, а вторые, въ случаѣ своего стѣснительнаго (odiosa) характера. Но здѣсь и выступаетъ вся шаткость и произвольность такого дѣленія личныхъ правъ. Бальдъ согласенъ съ Бартоломъ, что статутъ, дозволяющій filius familias'у составлять завѣщанія, не касается иностранной недвижимости (l. c. § 80); но, вопреки Бартолу, этотъ сынъ семейства можетъ составить завѣщаніе и въ странахъ римскаго права. Что же касается различія стѣснительныхъ и льготныхъ статутовъ, то здѣсь разногласіе выступаетъ еще ярче. Мы видѣли, почему Бартолъ считаетъ запрещеніе легатовъ между супругами льготнымъ, а исключеніе дочери изъ наслѣдства стѣснительнымъ „Бартолъ неправъ", восклицаетъ Бальдъ по поводу перваго случая: „развѣ можно считать за льготу то, чѣмъ отнимается свобода завѣщаній?" (Nec est verum quod dicit Bartolus quod istud statutum est favorabile. Quomodo enim est favorabile id per quod adimitur libera testamenti factis? l. c. § 88). Наоборотъ, статутъ, устраняющій женщинъ отъ наслѣдованія, у Бальда является „преимущественно льготнымъ" (principaliter favorabile), такъ какъ имѣетъ цѣлью

[1]) Lainé, l, c. I, p. 174.

поддержать блескъ семей (statutum est factum propter conservandam dignitatem familiarum, quam conservare interest rei publicae. Baldus, l. c. § 90), что важно для государства. Поэтому у Бартола запрещеніе легатовъ между супругами имѣетъ внѣземельную силу, а отрѣшеніе дочери отъ наслѣдства территоріально; у Бальда же какъ разъ наоборотъ.

Въ основаніи разбираемаго дѣленія статутовъ лежитъ вѣрная мысль, что нѣкоторые законы должны обладать непремѣнно экстратерриторіальной силой, другіе, наоборотъ, только территоріальной. Но группировка этихъ законовъ можетъ быть сдѣлана только при наличности объективнаго базиса, т. е. исходя изъ идеи международнаго общенія. Иначе одинъ и тотъ же законъ можетъ считаться территоріальнымъ въ одномъ и экстратерриторіальнымъ въ другомъ государствѣ. Или говоря языкомъ Бартола, государство *A* — можетъ считать данный институтъ стѣснительнымъ, а государство *B* — льготнымъ. Какъ разрѣшить это столкновеніе? Бартолъ и Бальдъ его не разрѣшаютъ; имъ льготные и стѣснительные статуты представляются въ видѣ параллельныхъ рядовъ, никогда не встрѣчающихся. Между тѣмъ встрѣча неизбѣжна, какъ только распространительная сила закона ставится въ зависимость отъ субъективныхъ взглядовъ отдѣльныхъ территоріальныхъ законодательствъ.

Реальному статуту у Бальда отведено весьма скромное мѣсто. Наслѣдованіе недвижимостей по закону подчиняется lex rei sitae, такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ не о лицахъ, а о пріобрѣтеніи, и стало быть нужно соображаться съ мѣстонахожденіемъ пріобрѣтаемаго имущества (quia hic non agitur de persona, sed de acquisitione: ideo debet inspici locus rerum acquirendarum, Baldus, l. c. § 86). За то наслѣдство по завѣщанію подчиняется и относительно недвижимостей l. domicilii наслѣдодателя. Для обоснованія своей теоріи Бальдъ утверждаетъ, что завѣщаніе какъ нераздѣльный актъ должно имѣть однообразное дѣйствіе (tamen veritas est, quod ex quo valet testamentum porrigitur ad omnia, nam cum effec-

tus insit suae causae et titulo, et tunc sicut titulus est utilis, ita effectus est indivisibilis, Baldus, l. c. § 83); наслѣдованіе же по закону нельзя приравнивать къ молчаливому завѣщанію — это фикція. (Non obstat quod videtur non testando testari, nam id est quaedam fictio, quae non confert titulum testati, Baldus, l. c. § 86 in fine). Отсюда видно, что Бальдъ вовсе не думаетъ подчинять недвижимости всегда l. rei. sitae. Онъ руководствуется обстоятельствами дѣла; о знаменитомъ буквальномъ толкованіи своего учителя Бартола онъ умалчиваетъ, доказывая этимъ лишній разъ, что оно было преподано не какъ правило, а какъ практическій совѣтъ, которому можно и не слѣдовать [1]). Форма актовъ подчиняется Бальдомъ, какъ и Бартоломъ, всегда l. loci actus.

§ 5. Салицетъ.

Къ итальянской доктринѣ статутовъ принадлежитъ также Бартоломей Салицетъ [2]) (1363 — 1412) [3]), который разсматриваетъ отдѣльно столкновенія законовъ о контрактахъ (§§ 4—6), деликтахъ (§§ 7—8 b) и наслѣдствахъ (§§ 8 c и сл.).

Въ вопросахъ о контрактахъ и завѣщаніяхъ Салицетъ воспроизводитъ съ незначительными отступленіями доктрину Бартола. Зато онъ расходится съ послѣднимъ въ вопросѣ наслѣдованія по закону и выставляетъ теорію, приближающуюся къ ученію Альберика де-Розате. Теорія эта тѣмъ болѣе заслуживаетъ вниманія, что, по словамъ автора, она пользовалась большимъ вѣсомъ у его современниковъ (In hanc opinionem concurrunt valentissimi doctores tam in Bononia quam in Florentia l. c. § 14, b in fine).

Изложеніе этой доктрины Салицетъ пріурочиваетъ къ случаю Лукканца, оставившаго наслѣдство въ Луккѣ и въ Англіи. При этомъ возможны три гипотезы.

---

1) Lainé, I, p. 177.

2) Cp. Lainé, l. c. I, pp. 178 — 188.

3) См. Bartholomaei a Saliceto, Pars Prima in primum et secundum Codicis libros. L. Cunctos populos, §§ 4 и сл.; Editio Venetiis 1574.

Если Лукканецъ умеръ во время случайнаго пребыванія въ Англіи, то все его имущество переходитъ по Луккскому закону, такъ какъ онъ, очевидно, имѣлъ въ виду и жить и умереть по своему праву. (Si in anglia: aut ut peregrinus et advenas: et tunc statutum, et consuetudo originis a qua non recessit, et cui concessit verae, vel fictae debet attendi et servari: quam secundum illam vivere et mori voluit, l. c. 13, d in fine).

Если же Лукканецъ умретъ въ Англіи „какъ гражданинъ, имѣющій тамъ мѣстожительство“ (ut civis et incola ibi domicilium habens), тогда къ его наслѣдству примѣняется lex rei sitae. Лукканецъ въ данномъ случаѣ считается какъ бы двойнымъ человѣкомъ (homo duplex); оставаясь Лукканцемъ по происхожденію, онъ сталъ англичаниномъ по мѣсту жительства (l. c. § 14). Нужно предполагать, что онъ „молчаливо“ подчинилъ англійское имущество англійскимъ законамъ, а луккское луккскимъ.

По третьей гипотезѣ Салицета, Лукканецъ умеръ въ своемъ родномъ городѣ, не основавъ за границей domicilium, но оставивъ тамъ имущество. Этотъ случай, мало отличающійся отъ перваго, разрѣшается одинаково, но съ приведеніемъ новыхъ подробностей и доказательствъ, которыя мы воспроизводимъ какъ типичный образецъ аргументаціи итальянской школы.

Что касается движимостей, не связанныхъ съ опредѣленнымъ мѣстомъ (non erant ibi perpetuo destinata), то нѣтъ сомнѣнія, что онѣ переходятъ по статуту страны происхожденія; тоже слѣдуетъ сказать о долговыхъ требованіяхъ, (jura et actiones), которыхъ нельзя считать имуществомъ, такъ какъ они не занимаютъ мѣста, а связаны съ лицомъ (sunt jura personae cohaerentia ossibus affixa см. § 14 a); что же касается перехода недвижимаго наслѣдства, то Салицетъ сознается что это спорный и трудный вопросъ (licet hoc dubium sit et arduum). Однако онъ и здѣсь твердо высказывается за законъ страны происхожденія покойнаго, отвергая

lex rei sitae (tamen teneo quod statutum loci originis in quo moritur debeat et in his bonis servari... non secundum cosuetudinem loci ubi bona sunt sita l. c. § 14). Такое рѣшеніе обосновывается слѣдующими мотивами. 1) Умершій безъ завѣщанія считается молча подчинившимся законамъ отечества, такъ какъ не избралъ другого мѣстожительства. 2) Если статутъ можетъ обложить налогомъ имущество гражданина, находящееся заграницей, тѣмъ паче онъ опредѣляетъ его переходъ къ наслѣдникамъ—въ первомъ случаѣ налогъ налагается помимо воли гражданина, во второмъ презюмируется его воля (et si hoc in collecta fortius in successionis praelatione cum invitus collectetur et successor et voluntarius spontaneo detur, l. c. § 14, a). Третья и четвертая причины — простыя аналогіи римскаго права: права, данныя опекуну однимъ судомъ, касаются имущества опекаемаго, лежащаго внѣ его юрисдикціи; такую же силу имѣетъ interdictio bonornm. Главной же причиной рѣшенія Салицета является пятый пунктъ. Здѣсь ясно выступаетъ римская идея единства наслѣдства. „Статутъ страны происхожденія дѣйствителенъ и по гражданскому и по каноническому праву, и если этотъ статутъ установляетъ универсальнаго наслѣдника, онъ дѣйствителенъ и относительно всего имущества, находящагося заграницей“ (statutum originis est validum tam auctoritate juris civilis, quam canonici... cum ergo statutum det universalem successorem et haeredem defuncto, sequitur quod eadem auctoritate dat in omnibus bonis ubicunque positis, l. c. § 14, a).

Римскіе законы, которые приводятъ мои противники, говоритъ Салицетъ, касаются главнымъ образомъ (principaliter) имущества (l. c. § 14, a). Въ нашемъ же случаѣ статутъ устанавливаетъ порядокъ наслѣдованія лицъ (disponit de praelatione personarum succedendo). А противъ мнѣнія, не допускающаго распространенія „стѣснительныхъ“ (odiosae dispositiones) статутовъ за предѣлы территоріи, Салицетъ возражаетъ, что главная цѣль наслѣдственныхъ законовъ не повредить кому либо, а сохранить извѣстный семейный или

наслѣдственный порядокъ, и это главное намѣреніе должно быть осуществлено всюду (odiosum non debet judicari, quia principaliter in odium alicujus non est factum, sed ut agnationes, et ordines dignitatu conserventur.. Principalis enim intentio debet extendi... l. c. § 14, a in fine). Поэтому и статутъ исключающій младшихъ братьевъ или дочерей изъ наслѣдованія, имѣетъ экстратерриторіальное значеніе. Противное рѣшеніе нарушаетъ всѣ правила (est contra omnes regulas juris, l. c. § 15), такъ какъ тогда наслѣдодатель не имѣлъ бы универсальнаго наслѣдника (quia si aliter dicatur, defunctus non reperietur aliquem universalem successorem habere (тамъ же).

Система Салицета не совсѣмъ выдержана. Вмѣсто того чтобы дѣлать изъ гражданина, поселившагося на иностранной территоріи, „двойнаго человѣка“, его наслѣдство слѣдовало-бы, по духу теоріи, подчинить закону новаго или стараго отечества [1]). Но несмотря на эту маленькую непослѣдовательность, нельзя не поражаться вмѣстѣ съ Лэне [2]) сходствомъ доктрины Салицета съ ученіемъ Савиньи. Какъ и великій германскій ученый, Салицетъ основывается, главнымъ образомъ, на двухъ аргументахъ: на молчаливомъ подчиненіи покойнаго закону своего отечества и на идеѣ единства наслѣдства. Первый аргументъ совершенно бездоказателенъ [3]): съ одинаковымъ правомъ можно предположить, что покойный имѣлъ въ виду, l. rei sitae, какъ и самъ Салицетъ дѣлаетъ въ частномъ случаѣ. Противъ же идеи универсальной сукцессіи можно привести возраженіе, которое вызываетъ всякая теорія, проводящая какую нибудь территоріальную концепцію: l. rei sitae не обязана принять воззрѣніе legis domicilii на единство наслѣдства. Самъ Салицетъ, критикуя мнѣніе, по которому наслѣдованіе всегда обсуждается по lex rei sitae, замѣчаетъ, что этотъ законъ не обязателенъ для живущаго въ другомъ мѣстѣ (quia consuetudo loci non ligat ibi domicilium non habentem.

---

[1]) Ср. Lainé, l. c. I, p. 188.

[2]) l. c. I, p. 187.

[3]) См. противъ него, напр. Bar II, p. 301.

Saliceto l. c. § 13 d). Съ одинаковымъ правомъ можно возразить автору, что и законъ мѣстожительства не заключаетъ въ самомъ себѣ основанія преобладанія надъ закономъ мѣста нахожденія имущества. Это преобладаніе должно вытекать изъ возвышающейся надъ отдѣльными законодательствами идеи.

§ 6. Александръ.

(Alexander Tartagnus 1423—1477).

Итальянская доктрина не пошла по пути, намѣченному Салицетомъ и отчасти Бальдомъ; вліяніе Бартола сдѣлалось скоро преобладающимъ. Такъ Павелъ Кастръ (Paulus de Castro) въ своихъ Consilia отсылаетъ прямо желающихъ ознакомиться съ вопросами столкновенія законовъ къ Бартолу [1]). Точно также громадный авторитетъ Бартола сказывается въ сочиненіяхъ Александра [2]). Въ области наслѣдственнаго права Александръ внесъ однако любопытную поправку къ теоріи учителя. Бартолъ, какъ мы знаемъ, придавалъ экстратерриторіальную силу личному статуту, согласному съ римскимъ правомъ и утверждалъ строгую территоріальность статута, противорѣчащаго этому праву; но при этомъ онъ исходилъ изъ личности покойнаго. Александръ же находитъ, что феррарскій статутъ, противный римскому праву, какъ исключающій когнатовъ изъ наслѣдованія, непримѣнимъ не только къ иностраннымъ наслѣдодателямъ, но и къ иностраннымъ наслѣдникамъ, и это даже въ предѣлахъ территоріи самого статута. Исходя изъ другой точки зрѣнія, Александръ пользуется однако авторитетомъ Бартола и мотивируетъ свое рѣшеніе соображеніемъ, что личный статутъ не обязываетъ иностранцевъ [3]) и что слѣдовательно для дѣйствительности феррар-

---

[1]) Lainé l. c. p. 188.

[2]) Alexandi Tartagni Imolensis Consilia, Ed. de Francfort 1575, 2 тома.

[3]) Videmus ergo Bartolum concludere quod ubicunque statutum disponit circa personam non comprehendat forensem, Consilium 44, Lib. V, § 5; и далѣе: et sic manifeste concluditur, quod statutum nostrum inhabilitans

скаго статута нужно, чтобы и наслѣдодатель и наслѣдникъ были оба его подданными [1]).

Если такимъ образомъ у Александра статутъ, противный jur communi, и въ предѣлахъ издавшаго его государства касается однихъ подданныхъ, то заграницей онъ не имѣетъ даже этого дѣйствія [2]). Въ этомъ Александръ только воспроизводитъ теорію Бартола.

Наслѣдованіе по завѣщанію подчиняется Александромъ тѣмъ же законамъ, что и наслѣдованіе ab intestato. Относительно формы завѣщаніе признается всюду дѣйствительнымъ, разъ оно соотвѣтствуетъ lex loci actus; внутренняя же его сила зависитъ опять таки отъ соблюденія нормъ римскаго права [3]). По статуту Имолы отецъ можетъ по завѣщанію лишить дочь законной части. Этотъ статутъ не имѣетъ экстратерриторіальной силы.

Теорія Салицета подвергается Александромъ суровой, но далеко не убѣдительной критикѣ [4]). На главный аргументъ Салицета —что наслѣдство есть successio in universum jus — Александръ отвѣчаетъ только аналогіею изъ римскаго права:

---

quo ad succedendum fratrem sororis et sic cum loquatur in personam, non extendit ad Iordanum forensem, etiam quo ad bona sita in territorio statuentium l. c. § 12 in fine.

[1]) Quia requiritur quod tam persona cui succeditur quaeque succedit sit statuentibus supposita ad hoc, ut statutum in personam loquens eos ligare et comprehendere possit, l. c. § 15. Это странное воззрѣніе Александра раздѣляетъ по его свидѣтельству Petrus de Ancharano. Въ Cons. XVI lib. I приведены слова этого писателя: ubi loqueretur in personam tunc statutum illud non solum non traheretur ad bona alterius loci, sed etiam non traheretur ad bona loci statuentium, quando decedens persona non fuisset subjecta statuentibus.

[2]) Et quia statutum praedictum est contra jus commune ergo restringendum est, ne ad bona aeterius loci trahatur; Alexander Consilia Lib. I Cons. XVI.

[3]) Et sic patet quod non est verum quod si conditum fuisset testamentum per Corneliam Ferrariae, quod servari debuisset statutum Ferrariae, sed solum illud servandum esset quando circa solennitatem disponeret. Alexander, l. c. Lib. V cons. 44.

[4]) Lib. I. Cons. 128.

аррогированный пупиллъ можетъ имѣть два patrimonia и всетаки распорядиться въ завѣщаніи только однимъ [1]). Удачнѣе опровержение мнѣнія Салицета, по которому наслѣдованіе ab intestato уподобляется молчаливому завѣщанію. Александръ, кажется, сознаетъ, что индивидуальная воля не можетъ вліять непосредственно на опредѣленіе компетентнаго закона. Впрочемъ, онъ выражаетъ эту вѣрную мысль опять таки подъ прикрытіемъ своей излюбленной идеи о непротиворѣчіи статута римскому праву. Салицетъ, говоритъ Александръ, забываетъ, что и завѣщаніе имѣетъ лишь тогда повсемѣстную силу, когда не противно juri communi; потому молчаливая воля покойнаго не всегда можетъ быть уважена.

Лишеніе закона, противнаго римскому праву, экстратерриторіальной силы, проводится Александромъ съ какой-то особенной настойчивостью. Мы видѣли, что даже внутри территоріи онъ подвергаетъ этотъ законъ оригинальному ограниченію. Если къ этому прибавить, что авторъ принимаетъ также классъ стѣснительныхъ статутовъ (Lib. I, Cons. 128 § 4d: statutum est odiosum, ideo non extenditur ad bona alibi sita), то нельзя не согласиться съ Лэне [2]), что консультаціи Александра служатъ доказательствомъ проникновенія ученія Бартола въ итальянскую практику XVI вѣка.

§ 7. Мазюэ, Шасснэ, Тирако.

Мы видѣли, что итальянская доктрина въ самомъ началѣ своего развитія имѣла сторонниковъ во Франціи. Распространяясь все болѣе въ этой феодальной странѣ, теорія Бартола должна была, конечно, встрѣтиться съ принципомъ абсолютной территоріальности и вступить, такимъ образомъ, въ свой боевой періодъ.

---

[1]) Sicut videmus quod pupillus arrogatus propter diversitatem patrimoniorum, quae habet, potest in uno decedere intestatus et in alio testatus.

[2]) Lainé, l. c. I. p. 191.

Уже Жанъ Мазюэ (Jean Masuer), французскій юристъ XV вѣка, требуетъ, чтобы форма завѣщанія соотвѣтствовала l. rei sitae и провозглашаетъ строгую территоріальность законовъ, регулирующихъ переходъ наслѣдства [1]).

Его соотечественникъ Шасснэ (Chasseneuz, 1480 — 1541) учился въ Италіи и поэтому находится подъ большимъ вліяніемъ Бартола. Шасснэ признаетъ повсемѣстную силу legis loci actus относительно формы завѣщанія и вообще часто примѣняетъ итальянскую теорію. Но все-таки онъ провозглашаетъ принципіальную территоріальность обычаевъ (coutumes) [2]).

Тирако (Tiraqueau) современникъ Шасснэ (1480—1558), касается вопроса столкновенія законовъ въ двухъ диссертаціяхъ. Въ первой [3]) насъ интересуетъ разборъ вопроса о юридическомъ положеніи замужней женщины [4]). Обычай Пуату не позволяетъ женѣ вступать въ договоры безъ согласія мужа; Тирако находитъ, что жена останется недѣеспособной и въ предѣлахъ другихъ кутюмовъ, потому что обычай Пуату касается лица (l. c. § 219). Согласіе мужа нельзя разсматривать какъ формальность, какъ и согласіе отца или куратора. Тирако знаетъ возраженіе, что повсемѣстное опредѣленіе недѣеспособности замужней женщины по закону ея родины можетъ вредить третьимъ лицамъ; но онъ отвѣчаетъ, что иначе женщина всегда бы обходила законы своей родины, которые потеряли бы всякій смыслъ (Denique si aliter diceremus, facile redderetur haec constitutio elusoria essetque ludibrio, quia semper mulier, ut contraheret sine consensu viri, alibi contraheret, quod esset absurdum; l. c. § 219 in fine). Поэтому Тирако устраняетъ также мнѣніе, по которому женщина могла завѣщать безъ согласія родныхъ, внѣ предѣловъ своего статута, если она не имѣла спеціально въ

[1]) Lainé, l. c. I, pp. 208 — 210.
[2]) Lainé, l. c. pp. 210 — 215.
[3]) De legibus connubialibus et jure maritali, Lugduni 1581.
[4]) Glossa Octava p. 499.

виду обхода его (nisi actus fieret extra locum statuti in fraudem illius, l. c. § 221).

Жительница Пуату не можетъ даже заключать договоровъ, касающихся иностраннаго имущества, потому что статутъ Пуату касается главнымъ образомъ и непосредственно не имущества, а лица (statuit principaliter et directe circa personam sibi subjectam, et tunc statutum extenditur ad bona alibi sita, tanquam accessoria ipsius personae, l. c. § 228).

Разсматривая обратный случай, Тирако склоненъ также признать дѣеспособность жительницы другой провинціи въ предѣлахъ Пуату, если ея статутъ позволяетъ ей заключить договоры безъ согласія мужа (l. c. § 225).

Стоитъ сравнить эти разсужденія Тирако съ доктриной Бартола, чтобы убѣдиться въ громадномъ вліяніи итальянской школы на французскихъ легистовъ.

Тирако возбуждаетъ также вопросъ, не занимавшій спеціально итальянскихъ юристовъ, вопросъ о различіи происхожденія мужа и жены. И онъ твердо рѣшаетъ, что право жены опредѣляется по lex domicilii мужа (hujusmodi mulierem censeri esse ejus provinciae, cujus est maritus, l. c, § 229; и дальше: videtur inspiciendum esse domicilium mariti. l. c. § 230).

Въ другомъ трактатѣ „De jure primigeniorum“ (Lugduni, 1584), Тирако разсматриваетъ классическій случай столкновенія законовъ, допускающихъ и отвергающихъ права первородства въ наслѣдованіи [1]). Тирако подробно излагаетъ мнѣнія своихъ предшественниковъ (§§ 2 — 33) и даже сообщаетъ неизвѣстную теорію Петра de-Ferrariis, который придавалъ личному статуту экстратерриторіальную силу безъ двоякаго ограниченія Бартола (l. c. § 14). Но затѣмъ онъ констатируетъ, что во Франціи твердо установился принципъ строгой территоріальности наслѣдственныхъ законовъ. Зато, завѣщаніе, назначающее старшаго сына единственнымъ

---

[1]) Quaestio 46, p. 631.

наслѣдникомъ, получаетъ силу и въ странахъ римскаго права.— Это теорія Бальда.

§ 8. Дюмуленъ.

Великій французскій юристъ Шарль Дюмуленъ (Charles Dumoulin иначе Carolus Molinaeus, 1500—1566)[1]) внесъ новый принципъ въ итальянскую теорію контрактовъ. Въ области же личныхъ и семейныхъ правъ онъ, вопреки установившемуся мнѣнію, не только не является новаторомъ, но стоитъ значительно ниже бартолистовъ [2]).

Какъ итальянцы, Дюмуленъ излагаетъ свое ученіе о столкновеніи законовъ при комментированіи Lex Cunctos Papulos [3]) въ диссертаціи „Conclusiones de statutis et consuetudinibus localis". Онъ различаетъ прежде всего статуты, опредѣляющіе формы акта, отъ статутовъ касающихся содержанія. Эти послѣдніе относятся къ актамъ, обусловленнымъ или волею сторонъ или однимъ закономъ.

Новшество Дюмулена заключается въ томъ, что воля сторонъ провозглашается господствующей въ области контрактовъ. До этого времени договоры подчинялись обыкновенно закону мѣста заключенія. Дюмуленъ видитъ въ мѣстѣ заключенія только одно изъ обстоятельствъ, которыя могутъ послужить къ выясненію воли сторонъ (inspiciuntur circumstantiae voluntatis, quarum una est statutum loci in quo contrahitur; et domicilii contrahentium antiqui vel recentis et similes circumstantiae). Если Тюбингенецъ во время путешествія въ Италіи продаетъ домъ, находящійся въ его родномъ городѣ, то договоръ долженъ обсуждаться по Тюбингенскому, а не по итальянскому праву. Но если Тюбингенецъ нарочно отправился въ Женеву для того, чтобы продать тамъ находящійся домъ, то нужно предполагать, что онъ подчинился

---

[1]) Cp. Lainé, l. c. I, pp. 223—248; Bar, l, c. I, pp. 47—48, Laurent l. c. I, pp. 370—389.

[2]) Cp. Lainé, l. c. I, pp. 223 etc.

[3]) Caroli Molinaei Opera, tome III, pp. 554—557.

женевскому праву. Словомъ, для опредѣленія компетентнаго права нужно руководствоваться всѣми обстоятельствами, которыя указываютъ справедливость (tunc recurrendum ad alias circumstantias ex bono et aequo). „Право содержится въ молчаливой и вѣроятной волѣ сторонъ" (qui nimmo jus est in tacita et verisimili mente contrahentium).

Эту свою теорію знаменитый ученый прилагаетъ и къ брачнымъ договорамъ, которые подчиняются имъ закону мѣстожительства мужа, притомъ закону перваго мѣстожительства, такъ какъ было бы несправедливо позволить мужу нарушить посредствомъ произвольной перемѣны домициля имущественные интересы жены. Вступая въ бракъ жена молчаливо подчинилась закону перваго брачнаго домициля.

При этомъ замѣчательно, что статутъ перваго домициля распространяетъ свою силу даже на недвижимое имущество супруговъ, находящееся заграницей. Это потому, что въ данномъ случаѣ статутъ получаетъ экстратерриторіальную силу не какъ законъ, а какъ молчаливый договоръ. (Ratio punctualis prima specifica hic procedit in vim taciti pacti ad formam statuti ...Ergo istud lucrum statutarium proprie non est nec legale, sed conventicium seu pactionale).

Второе подраздѣленіе статутовъ, касающихся матеріальнаго права, составляютъ статуты не зависящіе отъ воли сторонъ, а отъ одного закона (a sola potestate legis). Эти статуты дѣлятся въ свою очередь на вещные и личные. Дюмуленъ называетъ критерій Бартола игрою словъ (verbalis est). Однако самъ онъ не только не установилъ другого критерія, но внесъ въ этотъ вопросъ еще большую неопредѣленность.

Если, говоритъ Дюмуленъ, статутъ реаленъ, то, не взирая на расположеніе словъ, слѣдуетъ сообразоваться всегда съ мѣстомъ нахожденія вещи (Aut statutum agit in rem, et quacumque verborum formula utatur, semper inspicitur locus, ubi res sita est) [1]. Это абсолютное правило можетъ однако быть

[1]) Подчиненіе движимостей lex domicilii только кажущееся исключеніе такъ какъ движимости считаются всегда находящимися въ мѣстѣ жи-

смягчено самимъ законодателемъ, который пожелаетъ отнестись къ однимъ подданнымъ. Такимъ образомъ англійскіе законы наслѣдованія могутъ иногда не примѣняться къ имуществу иностранца, находящемуся въ Англіи. — Какъ справедливо замѣчаетъ Лэне [1]), это весьма недалеко отъ теоріи Бартола.

Теорія Дюмулена о личномъ статутѣ состоитъ изъ сплошныхъ противорѣчій. Статутъ, изданный in personam, не касается иностранцевъ, а только подданныхъ. Если поэтому законъ не позволяетъ несовершеннолѣтнему (minor 25 annis) вступать въ договоры, то этотъ запретъ не касается иностранцевъ, контрагирующихъ на территоріи закона, хотя бы договоръ имѣлъ предметомъ туземную недвижимость. Но въ то же время недѣеспособность туземнаго несовершеннолѣтняго ограничивается предѣлами территоріи статута. Для объясненія такой очевидной непослѣдовательности Дюмуленъ создаетъ какой-то лично-вещный статутъ, дѣйствующій лишь на подданныхъ, поскольку онъ личенъ и ограниченный, поскольку онъ вещенъ, предѣлами территоріи. (Quia in quantum agit in personam, restringitur ad suos subditos; et in quantum agit in res, restringitur ad sitas intra suum territorium). Истинное основаніе этой непослѣдовательности кроется, конечно, въ несоотвѣтствіи разбираемаго статута римскому праву и въ его стѣснительномъ характерѣ [2]). Сравнивая недѣеспособность несовершеннолѣтняго (minor 25 annis) съ недѣеспособностью пупилла, которая имѣетъ экстратерриторіальную силу, Дюмуленъ основываетъ эту силу на согласіи съ римскимъ правомъ (quia non est in vim statuti solius, sed in vim juris communis).

Вопросъ о правѣ сына семейства составлять завѣщаніе разрѣшается однако совершенно иначе. Дюмуленъ находитъ,

---

тельства лица, (quia ex quo habet domicilium mobilia censentur hic esse; Dumoulin, sur la Coutume d'Auvergne Chap. II, § 41 y Lainé, l. c. II p. 234).

[1]) Lainé, I, p. 240.

[2]) Cp. Lainé, l. c. I, p. 243.

что статутъ, установляющій это право, дѣйствуетъ преимущественно (principaliter) на лицо, устраняя стѣсненія личности (impedimentum personale); поэтому онъ касается однихъ подданныхъ и сохраняетъ силу даже для иностранной недвижимости, хотя и противенъ juri communi. Дюмуленъ, кажется, смотритъ на разбираемый статутъ, какъ на льготный, (favorabilis). У Бартола льготный характеръ придавалъ внѣземельную силу только запретительному статуту; Бальдъ признавалъ экстратерриторіальный характеръ льготнаго дозволительнаго статута только относительно лица. Дюмуленъ придаетъ этому послѣднему статуту дѣйствіе и на иностранную недвижимость.

Такимъ образомъ различное отношеніе къ дѣеспособности minor 25 annis и filius familias еще можетъ быть объяснено. Но далѣе Дюмуленъ впадаетъ въ окончательное противорѣчіе. Статутъ, запрещающій даренія между супругами, не вліяетъ на заграничное имущество: онъ противенъ juri communi и не устраняетъ никакихъ личныхъ стѣсненій, т. е. не льготенъ. Такой статутъ абсолютно территоріаленъ, такъ что иностранные супруги не могутъ завѣщать другъ другу земли, лежащія въ сферѣ статута. Но вѣдь и статутъ, лишающій несовершеннолѣтняго (minor 25 annis) права обязываться, стѣснителенъ по мысли Дюмулена: почему же въ такомъ случаѣ иностранные несовершеннолѣтніе могутъ распоряжаться частью нашей территоріи, а иностраннымъ супругамъ это возбраняется? [1]).

Всѣ эти разсужденія Дюмулена не проливаютъ новаго свѣта на вопросъ о свойствахъ и силѣ статутовъ. Тѣмъ неожиданнѣе встрѣтить у него мѣсто, въ которомъ онъ основываетъ экстратерриторіальный характеръ статута на соображеніяхъ общественнаго блага и на причинѣ, опирающейся на естественную справедливость или общее право (in ratione boni universi et in causa habente concursum justitiae natu-

---

[1]) Ср. Lainé, I, p. 245.

ralis, vel juris communis). И онъ приводитъ въ примѣръ нормандскій статутъ, по которому жены могутъ послѣ смерти мужа ревоцировать продажу своего наслѣдства, совершенную при участіи покойнаго. Этотъ статутъ вызванъ извѣстнымъ подчиненнымъ положеніемъ нормандокъ (in Neustria mulieres sint ut ancillae multum viris suis subditae), и онъ долженъ имѣть повсемѣстную силу. За то статутъ не касается парижанокъ, даже относительно земель лежащихъ въ Нормандіи, такъ какъ онъ теряетъ свое разумное основаніе для неподданныхъ (tum quia non est subdita, tum quia cessat ratio).

Кажется, что Дюмуленъ возвысился здѣсь до современнаго объясненія дѣйствія личнаго статута. Но въ концѣ своего разсужденія онъ окончательно подпадаетъ вліянію территоріальнаго принципа. Онъ утверждаетъ, что статутъ, запрещающій несовершеннолѣтнему завѣщать недвижимости, во всѣхъ отношеніяхъ, реаленъ; этотъ статутъ не изданъ principaliter in personam, а изданъ съ цѣлью сохраненія патримоніума. Это реальный статутъ и потому, что слова „minor non potest testari de immobilibus" равнозначущи со словами „immobilia non possunt alienari in testamento per minores". Неизвѣстно только, почему Дюмуленъ думалъ, что этотъ прекрасный аргументъ лучше буквальнаго различенія (verbalis distinctio) столь критикуемаго имъ Бартола?[1]).

Нужно также замѣтить въ заключеніе, что jus commune, о которомъ говоритъ въ своихъ разсужденіяхъ Дюмуленъ, не римское, а французское. Но такъ какъ французское право было другое въ каждой провинціи, то неизвѣстно, что же принимать за jus commune?

Существуетъ совершенно неправильное мнѣніе, будто Дюмуленъ былъ сторонникомъ абсолютной территоріальности. Такъ думаетъ, напр. Гюи Кокиллъ[2]), который неправильно толкуетъ комментарій Дюмулена на Consilium 16, I книги

---

[1]) Ср. Lainé I, pp. 246 — 248.
[2]) Oeuvres, II, Ed. de Paris 1666, p. 266.

Александра [1]), гдѣ Дюмуленъ отвергаетъ буквальное толкованіе текста Бартоломъ и дѣйствительно говоритъ, „что всѣ статуты реальны" (Haec vera rejecta verbali distinctione Bart, an loquatur in rem vel in personam... Sed teneas indistincte quod statuta vel consuetudines tanquam reales non extenduntur extra sua territoria). Лэне [2]) доказалъ всю неосновательность этого толкованія. Александръ говорилъ только о стѣснительныхъ статутахъ, а Дюмуленъ, идя далѣе, примѣняетъ формулу Александра къ наслѣдственному праву. Но это не значитъ, что Дюмуленъ всѣ статуты считаетъ реальными; мы видѣли даже, что онъ позволяетъ самому закону о наслѣдствахъ ограничить свою сферу дѣйствія одними подданными.

Бугіе [3]) и Лоранъ [4]) думаютъ, что Дюмуленъ считалъ реальный статутъ за правило, а личный за исключеніе. Но въ другомъ мѣстѣ Лоранъ самъ признаетъ за Дюмуленомъ склонность „персонализировать статуты" [5]), а истина заключается, кажется, въ третьемъ мнѣніи знаменитаго бельгійскаго ученаго [6]), что у Дюмулена нѣтъ опредѣленнаго принципа для разрѣшенія столкновенія законовъ. И въ этой нерѣшительности Дюмулена отражается его эпоха. Въ XVI столѣтіи французскіе кутюмы были впервые редактированы и должны были вступить въ ожесточенную борьбу съ итальянскими идеями, все болѣе проникающими во Францію [7]); „феодализмъ, исчезнувшій изъ политическаго строя, остался нетронутымъ во нравахъ и въ правѣ" [8]). Насколько однако сильно было вліяніе итальянской школы, видно изъ колебаній Дюмулена и изъ системы другого французскаго комментатора, Гюи-Кокилла.

---

1) Caroli Molinaei Opera, tome III, p. 884.
2) l. c. I, pp. 199 и 294—295.
3) Observations sur la coutume du duché de Bourgogne. Chap. XXIII, nos 39 и 40.
4) Dr. Civil Int. I, № 267.
5) l. c. I, p. 347.
6) c. I, p. 373.
7) Cp. Lainé, l. c. I, p. 287 и сл.
8) Тамъ же, p. 275.

§ 9. Гюи-Кокиллъ.

(Guy Coquille, 1523 — 1603)[1]. Гюи-Кокиллъ раздѣляетъ мнѣніе, что кутюмы, а не римское право составляютъ обыкновенное право (jus commune) Франціи. Онъ обвиняетъ французскихъ ученыхъ въ рабскомъ подчиненіи итальянскимъ ученымъ, которые, будто стояли за территоріальность статутовъ, противорѣчащихъ римскому праву[2]). Кокиллъ, конечно, ошибается, приписывая французскую тенденцію считать всѣ кутюмы реальными итальянскому вліянію. Зато подъ этимъ вліяніемъ находится онъ самъ.

Кутюмы, говоритъ Кокиллъ (l. c. p. 2), основаны на соглашеніи трехъ сословій, а потому они обязываютъ quasi ex contractu всѣхъ подданныхъ и относительно имущества, находящагося въ другихъ провинціяхъ. Мнѣніе, что всѣ кутюмы реальны, не можетъ быть принято[3]). Не слѣдуетъ также обращать вниманія на „скорлупу словъ", а на „вѣроятныя мотивы и намѣренія, которыя руководили составителями статута (ce que je n'entens pas pour s'arrester à l'escorce des paroles; mais à l'intention, selon laquelle vraisemblablement les statuans se sont reiglez: c'est à dire pour ne regarder quelles sont les paroles, ny de quel style, ou signifiance: mais à la raison presumée et vraisemblable de ceux qui ont dicté le statut, ou la coustume, l. c. tome II. Quaestiones et Responses, CXXXI, p. 266).

Немного далѣе Кокиллъ утверждаетъ, что если законы имѣютъ въ виду непосредственно благо и честь лицъ, (le bien et l'honneur des personnes), они связываютъ волю (enserrent la volonté) всюду и вездѣ. Такъ запрещеніе даренія между супругами на случай смерти касаются и иностраннаго имущества. Если же законъ не прямо касается лицъ,

---

[1]) Ср. Lainé, l. c. I, pp. 297 — 305; Laurent, l. c. I, pp. 408 — 416.

[2]) Coquille, Oeuvres, II, Commentaires sur les Coutumes de Nivernois, Edition de Paris 1666, pp. 1 — 2.

[3]) Coquille, l. c., Institution au Droit des Francais, p. 39.

слѣдуетъ сообразоваться съ lex rei sitae. Такъ статутъ Ниворнэ, позволяющій дочери, которая получила приданое, требовать законной части наслѣдства отца, недѣйствителенъ въ Бурбонэ, гдѣ это притязаніе не допускается. Въ данномъ случаѣ исключеніе дочери отъ наслѣдованія „основано скорѣе на силѣ закона, чѣмъ волѣ отца: ибо если отецъ и не высказался при бракѣ дочери, законъ исключаетъ ее въ пользу мужескаго поколѣнія“ (l. c. p. 267).

Тѣ же мысли развиты въ „Quaestio“ CCXVII, (l. c. p. 349), гдѣ разбирается сила завѣщанія со стороны содержанія. Гюи-Кокиллъ находитъ, что размѣръ части наслѣдства, которой завѣщатель можетъ распорядиться по своему усмотрѣнію, опредѣляетъ по l. rei sitae. Здѣсь „право пріобрѣтается не волею лица, а на основаніи самой Coutume“, которая не касается непосредственно добрыхъ нравовъ, пользы и чести лицъ, а вещей, не имѣющихъ особо важнаго значенія (comme si elle dispose de choses comme moïennes et indifférentes).

§ 10. Критика итальянской доктрины.

Сдѣланный нами очеркъ вполнѣ подтверждаетъ выводы Лэне о методѣ итальянской школы. Методъ этотъ заключался не въ механическомъ дѣленіи всѣхъ статутовъ на личные и реальные. Эта ходячая сказка должна быть наконецъ оставлена. Напротивъ того, постглоссаторы обращались къ каждому юридическому отношенію въ частности, и опредѣляли такъ или иначе значеніе входящихъ въ него иностранныхъ элементовъ. Личные и реальные статуты итальянской доктрины не желаютъ вовсе обнять все разнообразіе отношеній, вызываемыхъ международной жизнью индивидовъ.

Признавая вмѣстѣ съ Лэне громадное значеніе и достоинство метода итальянской теоріи статутовъ, я не могу зато раздѣлить его увлеченія основнымъ принципомъ, вдохновляющимъ статутаріевъ принципомъ справедливости или природы вещей[1]). Это начало носитъ слишкомъ метафизическій

[1]) Lainé, I, pp. 111 — 115; p. 267.

и субъективный характеръ, для того чтобы лечь въ основаніи системы международнаго частнаго права.

Рѣшенія, которыя выставляютъ итальянскіе постглоссаторы опираются на основанія трояковаго рода. Чаще всего, какъ мы видѣли, справедливымъ кажется имъ то, что соотвѣтствуетъ цѣли или воззрѣніямъ даннаго территоріальнаго закона. Теоріи Бартола и Бальда о льготныхъ и стѣснительныхъ статутахъ ярко иллюстрируютъ эту тенденцію. Лэне видитъ въ этомъ ученіи зачатки теоріи о публичномъ порядкѣ [1]). Эту гипотезу можно принять лишь съ оговоркой, что стѣснительные статуты выражаютъ идею только національнаго, субъективнаго публичнаго порядка, а ни въ какомъ случаѣ международнаго. Теорія Салицета о переходѣ наслѣдства, опирающаяся на римскую идею единства наслѣдства, имѣетъ тотъ же субъективный отпечатокъ, который чувствуется въ твореніяхъ всей школы. Гюи Кокиллъ прямо и отчетливо указываетъ на необходимость сообразоваться съ цѣлью территоріальнаго законодателя.

Другія рѣшенія основаны на въ корнѣ невѣрной мысли, что воля частныхъ лицъ можетъ оказать непосредственное вліяніе на опредѣленіе компетентнаго законодательства. Уже Салицетъ говоритъ о „молчаливомъ подчиненіи" наслѣдодателя закону домициля или родины; Рохъ Курцій основываетъ экстратерриторіальную силу l. loci contractus на молчаливомъ подчиненіи сторонъ [2]); наконецъ, Дюмуленъ освобождаетъ волю сторонъ въ области контрактовъ отъ всякихъ стѣсненій со стороны закона, выводя эту волю изъ обстоятельствъ дѣла.

Въ третьей группѣ рѣшеній можно замѣтить вліяніе потребностей самой международной жизни. Сюда относится знаменитое правило locus regit actum, закрѣпленное Бартоломъ въ итальянской доктринѣ. Но Бартолъ основывается то на римскихъ текстахъ, то на льготномъ характерѣ правила и не даетъ намъ раціональнаго и объективнаго объясненія [3]);

---

[1]) Lainé, I, pp. 266—267.
[2]) См. у Lainé, I, p. 205.
[3]) Ср. Lainé, I, pp. 151—152.

такого объясненія мы не находимъ и у другихъ корифеевъ школы. Можно думать, что въ этомъ и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, итальянскіе статутаріи только констатировали установившееся обычное право. Правда, можно указать тексты, въ которыхъ выдвинута объективная точка зрѣнія. Такъ напримѣръ, Бартолъ ограничиваетъ способность сына семейства къ составленію завѣщанія предѣлами территоріи, дабы не вредить интересамъ третьихъ лицъ (ne alteri facerit prejudicium, Bartolus l. c. § 41, s). Но въ громадномъ большинствѣ случаевъ субъективизмъ беретъ верхъ. Тотъ же Бартолъ подчиняетъ неспособность несовершеннолѣтняго къ составленію завѣщанія и заграницей закону мѣстожительства (Bartolus, l. c. § 32), а другой статутарій Рохъ Курцій подтверждаетъ это рѣшеніе доводомъ, что иначе статуты потеряли бы всякій смыслъ [1]). Тирако того же мнѣнія; онъ согласенъ, что опредѣленіе недѣеспособности замужней женщины по закону ея родины можетъ вредить третьимъ лицамъ; но находитъ невозможнымъ дозволить ей обходить отечественные законы. Между тѣмъ экстратерриторіальная сила закона о недѣеспособности болѣе всего способна нарушить интересы международнаго оборота.

Такимъ образомъ, мы вправѣ заключить, что мѣрило справедливости, прилагаемое итальянской теоріей статутовъ къ разрѣшенію конфликтовъ законовъ, носитъ субъективный, условный характеръ. Бартолисты не возвысились до объективнаго воззрѣнія на задачи международнаго частнаго права. И можетъ быть главной помѣхой служилъ культъ римскаго права, который не позволялъ имъ давать распространительную силу статутамъ, расходящимся съ jus commune.

---

[1]) Lainé, I, p. 206.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Дѣленіе законовъ по объекту во французской теоріи статутовъ.

I. Теорія Д'Аржантрэ.

Принципъ абсолютной территоріальности глубоко коренился въ феодальномъ строѣ средневѣковой Франціи. Однако итальянская доктрина со временемъ значительно смягчила французскія воззрѣнія, что уже сказывается на Дюмуленѣ и особенно Гюи Кокиллѣ. Но появился человѣкъ, который воскресилъ феодальныя идеи къ новой жизни, возвелъ территоріальность закона въ правило и раздѣлилъ всѣ статуты на личные и реальные. Этотъ человѣкъ назывался Д'Аржантрэ. (D'Argentré или Argentraeus, 1519 — 1590) и его слѣдуетъ считать основателемъ традиціонной теоріи статутовъ [1]).

Теорія Д'Аржантрэ о столкновеніи статутовъ изложена въ его „Commentarii in Patrias Bretonum leges" (Des Donations, Art 218, Glossa 6; Edition 1614). По Бретанскому обычаю всякій человѣкъ, находящійся въ здравомъ умѣ, можетъ подарить треть своего имущества другимъ лицамъ, кромѣ наслѣдниковъ. Д'Аржантрэ разсматриваетъ въ 6-ой глоссѣ вопросъ, распространяется ли это право на имущество, находящееся на иностранной территоріи.

Авторъ начинаетъ съ суровой критики „схоластической" итальянской доктрины и ея многочисленныхъ подраздѣленій. „Эти сомнѣвающіеся наставники" говоритъ Д'Аржантрэ про итальянцевъ, „только увеличиваютъ сомнѣнія читателей" (incerti magistri incertiores lectores dimittunt l. c. § 1). Затѣмъ онъ твердо установляетъ господство l. rei sitae для недвижимостей (certissima usu observatio est id jus de pluribus spectari, quod loci est, l. c. § 2); провинціальные законы, касающіеся земли, издревле установлены во время независимости провинцій и

---

[1]) Ср. Lainé l. c. I, pp. 310—338, Laurent, l. c. I, pp. 389—408, Bar, Theorie und Praxis, I pp. 48—50.

не потеряли своей силы вслѣдствіе политическаго объединенія всей Франціи.

Того же нельзя сказать о лицахъ и движимостяхъ, которыя подчиняются l. domicilii, такъ какъ судья мѣста жительства имѣетъ власть опредѣлять личныя права, гдѣ бы ни находилось лицо (§§ 3—4). Но какъ же отличить личный статутъ отъ реальнаго? Для этого нужно (чего не сдѣлали итальянцы) ввести третій разрядъ статутовъ — смѣшанные, т. е. такіе, гдѣ, хотя затронуто лицо, но вещный элементъ преобладаетъ (rerum in his consideratio praecipua est, qui casus mixtus est de personis et rebus, l. c. § 5 in fine).

Такимъ образомъ получаются три категоріи (§ 7). Личные статуты — тѣ, которые преимущественно (principaliter) и независимо отъ всякой вещной примѣси (abstracte ab omni materia reali) регулируютъ права и положеніе лицъ, напр. установляютъ возрастъ совершеннолѣтія или касаются положенія подвластныхъ дѣтей. Примѣрами вещныхъ статутовъ (§ 8) служитъ запрещеніе супруговъ легировать другъ другу недвижимости (легированіе движимостей относится къ личному статуту) и порядокъ наслѣдованія. Нѣкоторые вопросы этого послѣдняго относятся, впрочемъ, къ смѣшанному статуту, напр. когда нужно знать, дворяне ли или нѣтъ наслѣдники (§ 8 in fine).

Вещные и смѣшанные статуты одинаково ограничиваются въ своемъ дѣйствіи предѣлами территоріи (§ 9); это слѣдуетъ изъ самаго понятія территоріи (cum extra ea terreri nemo possit, § 11). Другое дѣло лица. Лица не связаны съ землею, они могутъ свободно мѣнять свое мѣстожительство; пока же они этого не сдѣлали, а только временно покидаютъ его, они считаются всюду подчиненными l. domicilii (unde evenit, ut affecta quocumque modo persona domicilii lege aut jure, eo perpetuo sic teneatur, ne ulla mutatione loci sese possit exuere, § 13). Слѣдуетъ только помнить, что это справедливо лишь для „общаго состоянія лица (universalis personae status)" и не впадать въ ошибки итальянскихъ схоластиковъ, не различающихъ общей

и особенной дѣеспособности (nec distingunt particulares afficientias ab universalibus) и дающихъ такіе критеріи личнаго и реальнаго характера статутовъ, которыхъ должны бы стыдиться дѣти (§ 16). Статуты, запрещающіе дареніе недвижимостей между супругами, установляя недѣеспособность, тѣмъ не менѣе территоріальны, такъ какъ, главнымъ образомъ (potius), касаются наслѣдованія. Здѣсь статутъ не просто дѣлаетъ недѣеспособнымъ, а лишаетъ дѣеспособности относительно земли (non simpliciter inhabilitat, sed ratione fundi, § 16 in fine). Точно также не имѣютъ внѣземельной силы статуты, исключающіе убійцу или дочь, получившую приданое, изъ наслѣдованія (§ 18). „Ничто нельзя назвать болѣе личнымъ, чѣмъ узаконеніе“ (§ 20), тѣмъ не менѣе, оно не можетъ дать узаконенному право на наслѣдованіе иностранной недвижимости; хотя этотъ актъ и личенъ, но онъ превращается въ смѣшанный, вслѣдствіе того, что касается вещей (quia hic actus etsi personalis sit; tamen miscetur et habet subjectum de rebus), § 20 in fine). Какъ бы ни близко статуты касались лица, все же они какъ только подверглись вещной примѣси, переходятъ въ реальные, и подчиняются территоріальнымъ законамъ (statuta quantumlibet concepta in personam rerum mixtura evadere in realia et legem capere a statutis situs, § 22). — Этимъ кончается общая часть диссертаціи Д'Аржантрэ.

Переходя къ примѣненію своихъ принциповъ, авторъ сразу обращается къ классическому случаю столкновенія наслѣдственныхъ законовъ, установляющихъ права первородства, съ другими, дѣлящими наслѣдства поровну. Д'Аржантрэ съ большимъ презрѣніемъ отвергаетъ „смѣшную“ теорію Бартола. Какъ ни играть словами, говоритъ онъ, все же ясно, что рѣчь идетъ о наслѣдствѣ (§ 24, E), а не о правахъ лицъ. Если не будетъ наслѣдства, то и правоспособности лицъ не на чемъ будетъ упражняться (nulla inde controversia si in rebus nihil est, in quo se exercere nuda potentia et habilitas possit, etsi haereditatem diffiniunt esse jus merum

juris intellectu, tamen inaniter, si nihil in rebus est, § 24, E). Итакъ, англійскій наслѣдникъ наслѣдуетъ англійскія земли по англійскому закону, а французскія по французскому. Точно также статутъ, исключающій получившую приданое дочь изъ наслѣдованія, не личенъ, какъ думаетъ Бартолъ, а вещенъ и поэтому территоріаленъ (§ 26). То же самое слѣдуетъ сказать о силѣ завѣщаній (§ 29). Мужъ никакъ не можетъ завѣщать женѣ трети наслѣдства, если эта часть находится въ предѣлахъ статута, не допускающаго такого наслѣдованія жены.

Во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ говорится о недвижимостяхъ. Движимости же слѣдуютъ совсѣмъ инымъ правиламъ (sed de mobilibus alia censura est, § 30). Вслѣдствіе легкости, съ которою онѣ переносятся съ мѣста на мѣсто, ихъ слѣдуетъ считать связанными, сросшимися не съ мѣстомъ, а съ лицомъ, (Quoniam per omnia ex conditione personarum legem accipiunt, et situm habere negantur, nisi affixa et cohaerentia, nec loco contineri dicuntur propter habilitatem motionis et translationis, l. c. § 30). Поэтому статуты, касающіеся движимостей, личны и повсюду подчиняются legi domicilii (quare statutum de bonis mobilibus vere personale est, et loco domicilii judicium sumit, et quodcunque Iudex domicilii de eo statuit, ubique locum obtinet, l. c. § 30).

Характеръ статута, установляющаго общность имущества супруговъ, сдѣлался предметомъ знаменитаго спора между Дюмуленомъ и Д'Аржантрэ. Соглашаясь съ Дюмуленомъ, что брачные договоры объ общности имѣютъ внѣземельную силу, Д'Аржантрэ считалъ статутъ, установляющій общность, реальнымъ и не допускалъ толкованія своего противника, основывавшаго силу этого статута на „молчаливомъ договорѣ" сторонъ. Нельзя не признать вѣскости аргументовъ Д'Аржантрэ (см. D'Argentré l. c. §§ 31—42), когда онъ доказываетъ, что законъ налагаетъ обязанности, не дожидаясь договора о нихъ частныхъ лицъ и часто вопреки ихъ волѣ (nec legales obligationes ab lege inductae conventionem partium exspectant de eo quod lex constituit, sed ad factum hominis

saepe citra consensum per legem inducuntur l. c., § 33). Разъ стороны не имѣютъ возможности отступить отъ статута, то общность имущества основана на этомъ статутѣ, а не на договорѣ. (Nec enim voluntati tribui debet, quod aliter ut esset, facere non potuerunt si quidem nec nolle potuerunt, l. c. § 33).

Отрицая, такимъ образомъ, всякій „договорный элементъ" въ статутѣ объ общности брачнаго имущества, Д'Аржантрэ лишаетъ этотъ статутъ экстратерриторіальной силы. Можно не соглашаться съ этимъ мнѣніемъ, но оно вполнѣ въ духѣ общей теоріи бретонскаго комментатора. Зато Д'Аржантрэ непослѣдователенъ, когда онъ признаетъ экстратерриторіальную силу выраженной воли частныхъ лицъ (sed quod conventione aut pacto inter contrahentes convenit nullis metis includitur sed personam aeternum sequitur quocumque deferatur persona l. c. § 33). Кажется страннымъ, что его феодальный геній допускаетъ вліяніе иностраннаго *договора* на туземную недвижимость, отрицая въ то же время экстратерриторіальность дѣйствія иностраннаго *закона*, установляющаго ту же общность имущества между супругами. Современная доктрина склонна подчинить брачное имущественное право національному закону супруговъ [1]). Но если уже lex rei sitae отказываетъ иностранному закону объ общности брачнаго имущества въ экстратерриторіальной силѣ, то нѣтъ никакого основанія надѣлять ею договоръ о томъ же предметѣ [2]). Между тѣмъ Д'Аржантрэ ограничиваетъ распространительную силу этого договора только тѣми случаями, когда lex rei sitae содержитъ спеціальное запрещеніе общности имущества между супругами (si statuta locorum ubi siti erunt, non repugnabunt dispositione prohibitiva aut annulativa l. c. § 38).

Теорія Д'Аржантрэ одинаково осуждается Лораномъ и Лэне. Первый видитъ въ итальянскихъ постглоссаторахъ проводниковъ личнаго начала; второй, какъ мы знаемъ, прибли-

[1]) Bar, Theorie et Praxis II, p. 510.

[2]) Ср. Asser—Rivier, Éléments, p. 115, которые тоже не допускаютъ такого различія.

жаетъ ихъ ученіе къ теоріямъ германской школы, но оба согласны, что Д'Аржантрэ, разрушая и осмѣивая итальянскую доктрину, весьма часто руководился далеко не убѣдительными аргументами, прикрывающими его феодальныя тенденціи.

И дѣйствительно вся теорія Д'Аржантрэ производитъ впечатлѣніе, будто авторъ заранѣе предрасположенъ въ пользу реальнаго статута. Онъ, правда, дѣлитъ всѣ статуты на личные, реальные и смѣшанные, утверждая, что первыя два дѣленія заимствованы у итальянцевъ, которые были, однако, весьма далеки отъ этого (см. выше). Но реальность статута возводится въ правило, личные статуты составляютъ исключеніе.

Д'Аржантрэ отлично сознавалъ причины, по которымъ дѣеспособность лица не должна зависѣть отъ закона страны ихъ временнаго мѣстонахожденія. Такъ въ Tit XXI (de minoribus, Ad rubricam, § 4) онъ указываетъ на различіе развитія у людей, живущихъ въ разныхъ климатахъ. Но какъ только принципъ личности приходитъ въ столкновеніе съ jus soli, съ правомъ земли, онъ уступаетъ мѣсто. Тутъ изобрѣтается новый рядъ статутовъ — смѣшанныхъ, единственная цѣль которыхъ уменьшить кругъ дѣйствія личнаго начала [1]). Въ самомъ дѣлѣ, смѣшанные статуты по своему дѣйствію, ab effectu, совпадаютъ съ реальными, и маска смѣшаннаго статута одѣвается на личный лишь для того, чтобы его лишить внѣземельной силы.

Въ сферѣ вліянія личнаго статута остаются права, касающіяся общей дѣеспособности лица. Но тогда совершенно непонятно, почему права лицъ на движимости не обсуждаются, по l. rei sitae? Наконецъ, общая дѣеспособность всегда можетъ быть разложена на особенныя, изъ суммы которыхъ она состоитъ, и, строго говоря, каждое юридическое положеніе можно выразить въ формѣ дѣеспособности или недѣеспособности лица на совершеніе какого либо акта [2]). Такимъ

---

[1]) Въ этомъ сходятся Laurent, l. c. I, p. 396; и Lainé, l. c. I, p. 326;
[2]) Bar. Theorie und Praxis, I, p. 380.

образомъ, **каждый** личный статутъ по теоріи Д'Аржантрэ легко можетъ быть превращенъ въ смѣшанный, и слѣдовательно реальный. Отсюда противорѣчіе: способность завѣщать, поскольку касается недвижимостей, относится къ реальному статуту, и поскольку движимостей — къ личному. Послѣднее рѣшеніе основано, конечно, только на соображеніяхъ удобства; подчинять всѣ движимости, входящія въ составъ наслѣдства, разнымъ законамъ, по мѣсту ихъ нахожденія, почти невозможно [1]).

Не Бартолъ, а Д'Аржантрэ является создателемъ традиціонной теоріи статутовъ. Правило Бартола, служащее для разрѣшенія частнаго случая, возведено имъ въ общее начало. Но онъ ничуть не выше осмѣяннаго имъ ученаго, когда старается разграничить личный и реальный статутъ. Какъ справедливо замѣчаетъ Эрнестъ Рогенъ [2]) **всѣ законы имѣютъ смѣшанный характеръ**, такъ какъ всѣ касаются и лица и вещи. Очевидно, что теорія Д'Аржантрэ, проведенная послѣдовательно, должна привести къ абсолютной территоріальности законовъ.

Но Д'Аржантрэ не только не установилъ твердаго критерія для различенія личнаго или реальнаго характера статутовъ. Онъ даже не попытался провѣрить правильность своего дѣленія примѣненіемъ его ко всѣмъ юридическимъ матеріямъ. По удачному выраженію Лэне [3]) онъ первый способствовалъ объявленію своей доктрины „несостоятельной". Въ самомъ дѣлѣ, онъ опускаетъ многіе важные вопросы, какъ напр. форму актовъ, судопроизводство и др. Содержаніе договоровъ должно имѣть экстратерриторіальное дѣйствіе; но нигдѣ мы не находимъ указанія, что контракты относятся къ области личнаго статута.

---

[1]) Bar., l. c. I, p. 601.
[2]) Ernest Roguin, la Règle de Droit, p. 169, № 91).
[3]) Lainé, l. c. II, p. 35.

II. Ближайшіе преемники Д'Аржантрэ во Франціи.

Замѣчательно, что теорія Д'Аржантрэ не сразу завоевала себѣ всеобщее признаніе въ самой Франціи. Лэне [1]) приводитъ выписки изъ 16 писателей, которые доказываютъ, что въ теченіе почти 150 лѣтъ послѣ появленія комментарія Д'Аржантрэ итальянское вліяніе продолжало бороться съ началомъ абсолютной территоріальности.

§ 1. Шаронда, Буво.

Всѣ эти писатели прибѣгаютъ къ столь ненавистнымъ для Д'Аржантрэ дѣленіямъ и подраздѣленіямъ. Одинъ изъ нихъ Шаронда (1536 — 1617) считаетъ зато безполезнымъ различеніе личныхъ и реальныхъ статутовъ [2]). Буво (Bouvot 1558 — 1636) утверждаетъ, что законъ мѣстожительства лучше другихъ знаетъ про „нравъ и обычай" подвластнаго ему лица, а потому лучшій судья въ вопросѣ о содѣйствіи, которое этому лицу должно быть оказано въ гражданской сферѣ (de quel remède elle a besoin pour l'authorité de sa conduicte en tous actes civils) [3]).

§ 2. Ренюссонъ.

Филиппъ де Ренюссонъ (1632 — 1699) въ своемъ „Traité de la Communauté" [4]) исходитъ, правда, изъ принципа реаль-

---

[1]) Lainé l. c. I, pp. 342—395.

[2]) Charondas le Caron, Memorables Observations du Droit Francais, Paris 1637, p. 34.

[3]) См. Bouvot Nouveau Recueil des Arrests de Bourgogne, Genève 1623, Tome I, p. 329.

Итальянскому методу слѣдуютъ также въ большей или меньшей степени Шоппенъ (Choppin, 1537—1606), Луэ (Louet, 1602), Л'Оммо (L'Hommeau, 1614), Бродо (Brodeau † 1653), Анри (Henrys † 1662), Рикаръ (Ricard † 1678), Банажъ (Banage † 1695) Томассіеръ (Thommassière † 1712), Бретонньe (Bretonnier † 1792). Нѣкоторые изъ этихъ авторовъ даже вовсе умалчиваютъ о Д'Аржантрэ (см. Lainé, l. c. I. pp. 314—395).

[4]) Ed. de Paris, 1723.

ности кутюмовъ, однако значительно видоизмѣняетъ теорію Д'Аржантрэ, которая по его мнѣнію, падаетъ сама собою. „Вещи имѣютъ отношеніе къ лицамъ, а лица къ вещамъ.... ихъ нельзя разсматривать отдѣльно (Chapt. XV, § 36)". Самъ Ренюссонъ предлагаетъ различать въ законахъ „нераздѣльныя" и „раздѣльныя" постановленія (dispositions individues et dividues), изъ которыхъ первыя касаются дѣеспособности человѣка по отношенію ко всему его имуществу и потому имѣютъ внѣземельную силу. Благодаря такому измѣненію формулы Д'Аржантрэ, увеличивается количество статутовъ, имѣющихъ внѣземельную силу, куда Ренюссонъ относитъ, напр., способность жены къ составленію завѣщаній. Согласіе мужа вещь нераздѣльная, говоритъ авторъ, а потому если оно не требуется по l. domicilii, жена можетъ завѣщать также земли въ другихъ кутюмахъ. Точно также форма завѣщанія, составленная по l. loci actus, должна быть всюду признана, такъ какъ актъ по формѣ „недѣлимъ". (Chap. XV, § 40). Лэне замѣчаетъ однако совершенно основательно, [1]) что Ренюссонъ доказываетъ лишь необходимость повсемѣстной, однообразной силы извѣстнаго закона, но не объясняетъ, почему именно этотъ законъ долженъ получить распространеніе.

§ 3. Лебренъ.

Сильное вліяніе Д'Аржантрэ сказывается, наоборотъ, на Денисѣ Лебренѣ (Denys Lebrun † 1708). Личный статутъ, говоритъ онъ, долженъ опредѣлять положеніе лица, не упоминая о вещахъ [2]). Реальный статутъ или регулируетъ какое либо особенное дѣйствіе лица, или говоритъ объ имуществѣ (l. c. § 26). Такъ напр., Senatusconsultum Vellejanum относится къ реальному статуту (§ 29) потому, что установляетъ особенную недѣеспособность женщинъ (къ поручительству) (§ 30), не говоря уже о томъ, что онъ запретителенъ (pro-

[1]) L. c. I, p. 381.
[2]) Lebrun, Traité de la Communauté, Lib. II, Chap. III, § 24.

hibitif et pas favorable, § 35). Къ реальному же статуту относится опредѣленіе размѣра недвижимостей, которую супруги могутъ подарить другъ другу на случай смерти (§ 29). Но способность женщинъ завѣщать недвижимости безъ согласія мужа относится къ личному статуту (§ 18), что, очевидно, непослѣдовательно и совершенно несогласно съ теоріей Д'Аржантрэ [1]).

§ 4. Шаллинъ.

Ученіе Д'Аржантрэ какъ будто принимается въ XIV правилѣ сочиненія юриста Шаллина [2]), которое озаглавлено: „Постановленія кутюмъ личны, реальны или смѣшаны". Однако Шаллинъ въ предисловіи ссылается и на Дюмулена и на Бальда, и методъ его оказывается весьма противорѣчивымъ.

Такъ, къ личнымъ статутамъ относятся тѣ, которые обращаются главнымъ образомъ къ лицу (qui donnent la loy principalement à la personne, l. c. p. 214). Но только недѣеспособность подчиняется Шаллиномъ во всѣхъ случаяхъ l. domicilii лица. Житель провинціи Санли (Senlis) не можетъ распоряжаться недвижимостью въ Анжу до 25-ти-лѣтняго возраста, хотя въ послѣдней области совершеннолѣтіе наступаетъ въ 20 лѣтъ [3]). Точно также неспособность замужней женщины распоряжаться своимъ имуществомъ безъ согласія мужа подчиняется l. domicilii [4]). Что же касается дѣеспособности, то хотя и она вообще опредѣляется по l. domicilii [5]), но только пока касается движимостей. Дѣеспособность относительно недвижимостей зависитъ отъ lex rei sitae, такъ какъ кутюмы не имѣютъ силы внѣ своихъ предѣловъ (l'exécution

---

[1]) Ср. Lainé, I, pp. 386 — 387.
[2]) Paul Challine, Méthode générale pour l'intelligence des Coustumes de France, Paris 1666.
[3]) Challine, l. c. p. 222.
[4]) l. c. pp. 224 — 266.
[5]) l. c. pp. 220, 222 — 228.

des dispositions des personnes à l'égard des heritages depend du lieu de leur situation, car les Coustumes n'ont point de vigueur, ny de force, hors leurs limites, l. c. p. 222). Поэтому житель Анжу не можетъ распоряжаться недвижимостями, находящимися въ Парижѣ, пока не достигнетъ 25-тилѣтняго возраста.

Такое же различіе между дѣе- и недѣеспособностью проводится въ вопросѣ о мѣщанской опекѣ (garde bourgeoise), которая относится къ личному статуту [1]). Опекунъ-родитель изъ города Шартра не можетъ пользоваться доходами съ земель, находящихся въ Парижѣ, такъ какъ такое пользованіе запрещено въ Шартрѣ и права опекуна опредѣляются по закону мѣста учрежденія опеки [2]). А Парижскій родитель - опекунъ не имѣетъ правъ пользованія имѣніемъ своихъ малолѣтнихъ въ Шартрѣ, потому что его права не дѣйствуютъ за предѣлами Парижа [3]). Мѣщанская опека лична, не касаясь лицъ, живущихъ внѣ предѣловъ кутюмы Парижа и не дѣйствуетъ на земли, лежащія въ другихъ кутюмахъ [4]).

Точно также дѣдъ или бабка, жители Шартра, не могутъ пользоваться доходами земель въ Парижѣ, такъ какъ обычай Шартра допускаетъ опеку только отца или матери; наоборотъ, парижскіе дѣдъ и бабка не допускаются къ пользованію плодами въ Шартрѣ [5]).

Права же опеки на движимости всегда опредѣляются по закону страны, гдѣ она учреждена [6]).

Порядокъ наслѣдованія недвижимостей по завѣщанію или по закону всецѣло относится Шаллиномъ къ реальному статуту. Завѣщанія иностранцевъ нисколько не вліяютъ на

---

[1]) l. c. p. 233.

[2]) La coustume du lien où elle est établie, l. c. p. 236.

[3]) p. 236.

[4]) La garde Bourgeoise est pure personnelle, non extensive aux personnes qui demeurent hors le destroit de la Coustume de Paris, et même elle n'a point d'effet sur les héritages situez aux autres Coutumes, l. c. p. 239.

[5]) l. c. p. 237.

[6]) l. c. p. 237.

французскую недвижимость [1]). Одно и то же лицо можетъ быть одновременно наслѣдникомъ и легатаріемъ въ разныхъ кутюмахъ [2]). Ограниченія воли завѣщателя имѣютъ чисто территоріальное значеніе [3]).

Смѣшанные статуты касаются лицъ и вещей, но имѣютъ преимущественно въ виду послѣднія, равно какъ права на нихъ лицъ [4]). Къ смѣшаннымъ статутамъ Шаллинъ относитъ отрѣшеніе дочери отъ наслѣдства [5]), дареніе или завѣщаніе одного супруга въ пользу другого [6]), и дворянскую опеку [7]). Эти статуты не дѣйствуютъ внѣ предѣловъ территоріи.

Конецъ „XIV правила" Шаллина служитъ однимъ изъ убѣдительнѣйшихъ доказательствъ несостоятельности теоріи, которая думаетъ заключить всѣ законы въ рамки личныхъ, реальныхъ и смѣшанныхъ статутовъ. Послѣ разобранныхъ нами рубрикъ изумленный читатель наталкивается на четвертую, такъ озаглавленную: „Какихъ законовъ слѣдуетъ держаться въ вопросахъ о формѣ контрактовъ, дареній и процедуры; а также для опредѣленія свойства рентъ, должностей, невещественныхъ правъ и другихъ вещей" [8]). Трудно найти примѣръ болѣе нагляднаго самоопроверженія. Шаллинъ избавляется такимъ образомъ отъ необходимости согласовать признаваемое имъ [9]) правило locus regit actum съ принципомъ реальности кутюмовъ [10]).

Отношеніе французскихъ писателей XVI и XVII вѣка къ

[1]) Le droit civil des etrangers, concernant la confection des testamens ne peut avoir aucun effet en France, p. 258.

[2]) p. 262.

[3]) p. 270.

[4]) Lesquelles sont conceues sous le nom des personnes et des choses tout ensemble, et dont la principale considération n'est pas des personnes, mais des choses, et du droit que les personnes y pretendent (l. c., p. 279).

[5]) p. 281.

[6]) pp. 286 – 287.

[7]) Garde noble non comptable, p. 290.

[8]) Challine, l. c. p. 293.

[9]) l. c. p. 293.

[10]) Эта непослѣдовательность отмѣчена у Lainé, II, p. 36.

Д'Аржантрэ лучше всего характеризуется ихъ взглядами на международное наслѣдственное право. Даже въ этой области — твердынѣ принципа бретонскаго комментатора — они не слѣдуютъ ему безусловно. Правда всѣ они признаютъ территоріальность законовъ, касающихся недвижимаго наслѣдства. Но почти всѣ возстаютъ противъ смѣшанныхъ статутовъ и опредѣляютъ возрастъ завѣщателя, способность жены составлять завѣщаніе, и тому подобные вопросы, по закону мѣстожительства, хотя бы завѣщаніе касалось недвижимостей на иностранной территоріи. Такъ разсуждаютъ наприм. Шаронда [1]), Буво [2]), Анри [3]). Другіе стараются слѣдовать во всемъ теоріи Д'Аржантрэ, однако никогда почти не выдерживаютъ ея и впадаютъ въ противорѣчія, какъ Лебренъ и Шаллинъ. Для всѣхъ этихъ писателей не представляетъ сомнѣнія, что переходъ недвижимости и способъ пользованія ею должны опредѣляться по lex rei sitae, но они не желаютъ вовсе подчинять дѣеспособность лица законамъ земли. „Доктрина Д'Аржантрэ явилась анахронизмомъ" [4]). Шаллинъ, который стоитъ ближе всего къ ней, искусственно различаетъ способность и неспособность завѣщать, для того чтобы по крайней мѣрѣ отнять силу у завѣщанія лица, неспособнаго на составленіе его по своему личному статуту.

Та же судьба постигла теорію Д'Аржантрэ и въ судебной практикѣ. Французскіе суды слѣдовали обыкновенно знаменитому рѣшенію Парижскаго парламента 1600 года, которое подчинило дѣеспособность лицъ во всѣхъ отношеніяхъ закону ихъ мѣстожительства [5]).

---

[1]) Charondas, Memorables observations du Droit Français, Paris 1637, p. 34, подъ словомъ „Coustume".

[2]) Bouvot, Nouveau Recueil des Arrêts de Bourgogne 1623 Genéve, Tome I, p. 329.

[3]) Claude Henrys, Oeuvers, Ed. de Paris 1738, Liv. IV, Chap. VI, Quest. CV, Des Renonciations des filles.

[4]) Lainé, l. c. I, p. 394.

[5]) Lainé, l. c. I, p. 346.

III. Теорія Д'Аржантрэ въ Нидерландахъ.

Нигдѣ, пожалуй, феодальныя идеи не пустили такихъ глубокихъ корней, какъ въ Нидерландахъ [1]). Не только бельгійскія и голландскія провинціи, раздѣленныя Утрехтской уніей 1579 года, — каждая область, каждый городъ, входившіе въ составъ этихъ провинцій, имѣли свои привилегіи и вольности, которыя ревниво оберегали отъ всякихъ посягательствъ. Отсюда тенденція считать всѣ законы территоріальными, тенденція, такъ рельефно выразившаяся въ знаменитомъ эдиктѣ 1611 года, дарованномъ бельгійскимъ провинціямъ эрцгерцогами Альбертомъ и Изабеллой, въ которомъ даже форма завѣщанія опредѣляется по lex rei sitae [2]).

Понятно, что въ такой странѣ теорія Д'Аржантрэ сразу встрѣтила большое сочувствіе и въ судебной практикѣ и въ доктринѣ, хотя эта послѣдняя и находилась въ XV и XVI вѣкахъ подъ вліяніемъ итальянской [3]).

§ 1. Бургундусъ.

Въ высшей степени любопытное видоизмѣненіе теоріи Д'Аржантрэ мы находимъ у Николая Бургундуса (1586—1649) (Nic. Burgundi ad Consuetudines Flandriae aliarumque gentium Tractatus controversiarum, Arnhemii 1646) [4]). Бургундусъ дѣлитъ всѣ статуты на личные и реальные (Burgundus l. c. p. 14) и отвергаетъ категорію смѣшанныхъ, какъ ихъ понималъ Д'Аржантрэ. „Эти смѣшанные статуты совершенно безполезны, такъ какъ на подобіе реальныхъ, ограничены въ своемъ дѣйствіи предѣлами территоріи“ (quidquid sit, ego porro ne usum quidem ejusmodi mixtorum esse putem,

---

[1]) Lainé, I. pp. 395 — 401; Laurent, I, pp. 422 — 442.

[2]) Laurent, I, p. 431; Lainé, I, 400.

[3]) Lainé, I, pp. 396 — 397.

[4]) Ср. Lainé, l. c. I, pp. 401 — 403; Laurent, l. c. I, pp. 442 — 452; Bar. l. c. I, pp. 50 — 51.

cum haud aliter quam realia concludantur territorii sui limitibus, Burgundus, l. c. p. 18—19). Если поэтому авторъ и удерживаетъ терминъ „смѣшанные статуты", то единственно для обозначенія законовъ, содержащихъ и личныя и реальныя постановленія, т.-е. терминъ этотъ получаетъ у него чисто формальный характеръ (ср. Burgundus l. c. p. 19: Ergo rectius mixtum dixeris, quod personae, rebusque in lodem territorio consistentibus jus ponit. Ut puta: minor bona ne alienet [1]).

Итакъ, статуты дѣлятся на личные и реальные. Личные касаются однихъ лицъ, безъ всякаго отношенія къ недвижимостямъ (a rebus plane remotum ad solas personas dirigitur, l. c. p. 16). Движимости раздѣляютъ судьбу лица (mobilia, quae haud alio jure habentur quam persona ipsa, a qua legem, situmque accipiunt, l. c. p. 19) [2]). Вещные статуты касаются недвижимостей безъ отношенія къ лицу (a consideratione personae abstractas, l. c. p. 14). Но затѣмъ Бургундусъ проводитъ оригинальную теорію (заимствованную отчасти у Анри Богика, l. c. p. 22), по которой характеръ статута опредѣляется правами имъ же создаваемыми. Если на основаніи статута возникаетъ обязательственное право, статутъ личенъ; если вещное — онъ реаленъ.

Такимъ образомъ, статутъ, запрещающій несовершеннолѣтнему продажу недвижимости, реаленъ, а статутъ, воспрещающій ему же вступать въ договоръ, личенъ (l. c. p. 22). Въ первомъ случаѣ права несовершеннолѣтняго обсуждаются по lex rei sitae, во второмъ по l. domicilii.

---

[1]) Ср. также Lainé, l. c. I, p. 402.

[2]) Но это правило (mobilia personam sequuntur) доказывается Бургундусомъ совсѣмъ иначе, чѣмъ Д'Аржантрэ. Авторъ основывается на фикціи, что движимости считаются находящимися въ мѣстожительствѣ лица; поэтому, только избраніе новаго domicilium, а не временныя отлучки лица вліяютъ на юридическое положеніе движимостей (l. c. pp. 95—97; mobilia ibi esse dicemus, ubi quis instruxit domicilium, l. c. p. 96) Лэне замѣчаетъ по этому поводу совершенно правильно, что послѣ такой аргументаціи движимости слѣдовало бы скорѣе отнести къ реальному, а не къ личному статуту. Lainé, Introduction II, p. 237.

Положимъ напримѣръ, что Гентскій несовершеннолѣтній 20-ти лѣтъ продастъ недвижимость въ Геннегауѣ, безъ согласія опекуна. Обязательство его будетъ ничтожно, такъ какъ въ Гентѣ совершеннолѣтіе наступаетъ въ 25 лѣтъ; его нельзя принудить къ исполненію договора. Но разъ недвижимость передана (манципирована), права покупателя ненарушимы, такъ какъ въ Геннегауѣ совершеннолѣтіе наступаетъ въ 20 лѣтъ. (Si tamen ejusmodi feudi mancipationem fecerit venditor, tutum esse emptorem, et quod actum erit valere cottidiana accipimus experientia, quando haec sie aetas et legitima et competens, quae in Hannonicorum feudorum alienatione requiritur Burgundus, l. c. p. 24).

Очевидно, что эта странная теорія имѣетъ цѣлью (какъ и ученіе Д'Аржантрэ) расширить область дѣйствія реальнаго статута. Какъ только лицо приходитъ въ столкновеніе съ землею, интересы его уступаютъ. „Ибо какъ движимости раздѣляютъ судьбу лицъ, такъ, наоборотъ, лица слѣдуютъ природѣ недвижимостей и принимаютъ ихъ свойства". (Nam sicuti res mobiles sequuntur conditionem personae: ita è contra persona, et sequitur naturam, et subinde transit in conditionem rerum immobilium, Burgundus, l. c. p. 148). Поэтому, въ вопросѣ о манципаціи земли, нужно сообразоваться съ l. rei sitae, нимало не взирая на обычаи l. domicilii (sine ulla consideratione quid frequentetur in loco domicilii, тамъ же).

Само собою разумѣется, что и наслѣдованіе недвижимостей подчинено l. rei sitae (l. c. p. 52). Но Бургундусъ идетъ еще далѣе и опредѣляетъ по этому закону даже форму завѣщанія; „формальности завѣщанія не относятся къ личнымъ правамъ, такъ какъ онѣ составляютъ какъ бы свойство присущее самимъ недвижимостямъ" (quia sunt quaedam qualitas bonis ipsis impressa, Burgundus, l. c. p. 165). Lex loci actus, по мнѣнію автора, некомпетентна, такъ какъ не можетъ вліять на переходъ иностранной недвижимости (l. c. p. 167).

Остается только удивляться, вмѣстѣ съ Лораномъ [1]), что авторъ вообще допускаетъ существованіе личныхъ статутовъ. Бургундусъ признаетъ, что всякій предполагается такимъ, какимъ его признаетъ статутъ его отечества (unusquisque talis esse praesumitur, qualis est dispositio statuti suae patriae, Burgundus, l. c. p. 81). Законъ отечества (подъ которымъ разумѣется страна мѣстожительства) до такой степени вліяетъ на лицо, что гдѣ бы оно ни находилось, оно сохраняетъ недѣеспособность, основанную на l. domicilii, „какъ бы рану на тѣлѣ" (adeo naturam ejus afficit, ut quocumque terrarum sit transitura, incapacitatem domi adeptam, non aliter quam cicatricem in corpore foras circumferat, Burg. l. c. p. 82). Но все это забывается, какъ только рѣчь заходитъ о недвижимостяхъ. Такъ Бургундусъ согласенъ подчинить право замужней женщины на заключеніе договоровъ l. domicilii (l. c. p. 44); но право ея на отчужденіе недвижимости обсуждается по l. rei sitae, такъ какъ „безумно полагать, что недвижимости подчиняются лицу" (infulse enim existimant ipsa immobilia accedere personae (l. c. p. 45).

Достойно замѣчанія, что Бургундусъ разбираетъ спеціально вопросъ, опредѣлять ли личный статутъ по закону страны мѣстожительства или закону страны происхожденія. (Burgundus, l. c. Tractatus II). Авторъ находитъ, что только въ области публичныхъ правъ и обязанностей (in honoribus obeundis et muneribus suscipiendis) можно принять во вниманіе domicilium originis и отдать ему предпочтеніе передъ domicilium incolatus (Burg. l. c. p. 80). Но въ области гражданскаго права слѣдуетъ руководствоваться lex domicilii incolatus, и это потому, что каждое лицо подсудно суду своего мѣстожительства (l. c. p. 81).

Что касается общей системы Бургундуса, то она, какъ и и у Шаллина, далеко не выдержана. Нѣкоторые вопросы онъ старается подвести подъ принятыя имъ двѣ общія кате-

---

[1]) l. c. I, p. 444.

горіи; мы видѣли, что онъ даже формальности акта относитъ къ реальному статуту. Но уже съ III трактата своей книги Бургундусъ начинаетъ отыскивать совершенно по итальянскому методу, какой законъ примѣнимъ къ контрактамъ, какой къ квазиконтрактамъ, какой къ завѣщаніямъ [1]).

§ 2. Роденбургъ.

Вторымъ нидерландскимъ юристомъ, спеціально трактующимъ о столкновеніи законовъ, является Христіанъ Роденбургъ, который въ 1643 г. напечаталъ диссертацію „De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum discrepantium conflictu“ (въ трактатѣ De jure conjugum) [2]).

Роденбургъ [3]) предлагаетъ себѣ въ своей II главѣ вопросъ: существуютъ ли смѣшанные статуты (num dentur mixta? l. c. p. 4)? При этомъ онъ констатируетъ, что статутъ можетъ касаться или только вещей, или только лицъ, или и тѣхъ и другихъ вмѣстѣ.

Къ области реальнаго относятся статуты, касающіеся однѣхъ вещей (in solas nudasque res), но не только недвижимыхъ. Въ этомъ отношеніи Роденбургъ послѣдовательнѣе Д'Аржантрэ. Движимости, говоритъ онъ, подчиняются lex domicilii не потому, что носятъ „личный“ характеръ, а потому, что считаются за неимѣніемъ постояннаго мѣстопребыванія, (certo ac fixo situ carentia) находящимися въ мѣстѣ жительства лица. Слѣдовательно, по этой фикціи къ нимъ собственно примѣняется тоже lex rei sitae (Rodenburg l. c. p. 6).

Къ личнымъ относятся законы, касающіеся или общаго правового положенія (status, qualitas aut conditio, cui lex in universum ponitur) лица, или же регулирующія его отдѣль-

---

1) См. объ этомъ замѣчанія Lainé, II, p. 36.

2) Бельгіецъ Павелъ Христинеусъ (Christinaeus † 1631) и голландецъ Іоаннъ Зандэ (Ioannes a Sande † 1638) не даютъ общей теоріи статутовъ. Христинеусъ во всемъ слѣдуетъ Бургундусу (см. Lainé, l. c. I, p. 403).

3) Я цитирую его диссертацію, перепечатанную въ концѣ II тома Boullenois, Traité sur la Personnalité et la Réalité des loix, Paris 1766.

ныя дѣйствія такимъ образомъ, что это можетъ отразиться и на общемъ положеніи.

Если же законъ разрѣшаетъ или запрещаетъ дѣйствіе безотносительно ко всему юридическому положенію лица, то (какъ у Бургундуса) характеръ статута опредѣляется природой разрѣшеннаго или дозволеннаго имъ акта (l. c. p. 5).

Относя, такимъ образомъ, дѣйствія отчасти къ личнымъ, отчасти къ реальнымъ статутамъ, Роденбургъ не видитъ однако никакой надобности въ категоріи смѣшанныхъ законовъ. (Ut evidenter appareat summam statutorum divisionem in duo genera deduci, ut alia personalia, alia realia, nulla mixta sint, Rodenburg, l. c. p. 6).

Опредѣливъ личные и реальные статуты по ихъ объектамъ, Роденбургъ посвящаетъ III главу (l. c. pp. 7 — 9) описанію ихъ дѣйствія (de effectu statuti personalis et realis). Сначала онъ установляетъ принципъ, что власть законодателя ограничена предѣлами его террриторіи. „Ни одинъ законъ не можетъ прямо, непосредственно влiять на вещи, находящіяся на иностранной землѣ“. Но затѣмъ Роденбургъ (§ 4) признаетъ, что сама природа вещей приводитъ къ опредѣленію личныхъ правъ по l. domicilii (Unicum hoc ipsa rei natura ac necessitas invexit, ut, cum de statu ac conditione hominum quaeritur, uni solummodo Iudici, et quidem domicilii, universum in illa Ius sit attributum). Было бы несообразно принимать во вниманіе другой законъ, такъ какъ тогда тоже лицо могло бы считаться одновременно дѣеспособнымъ и недѣеспособнымъ. Поэтому, качество или положеніе лица можетъ косвенно (jam indirecte ac per consequentiam) влiять на акты, заключаемые внѣ территоріи и даже на вещи, тамъ находящіяся (res alterius loci, l. c. § 5). И Роденбургъ доходитъ до того, что не только даетъ внѣземельную силу статуту, разрѣшающему вступать въ договоры, но даже закону, дозволяющему продажу, такъ какъ оба влiяютъ на общую дѣеспособность лица (quod et haec res pertineat ad personae statum eundemque omnino turbet, Rodenburg, l. c. Caput III, § 7).

Это идетъ уже въ разрѣзъ съ теоріей Бургундуса. Во второмъ титулѣ своей диссертаціи Роденбургъ еще энергичнѣе высказывается за опредѣленіе дѣе-и недѣеспособности по lex domicilii. Такъ, ни женщина, ни несовершеннолѣтній, ни расточитель не освобождаются заграницей отъ тяготѣющей надъ ними опеки, учрежденной по l. domicilii, даже по отношенію къ недвижимостямъ (ne quidem in fundorum alibi sitorum mancipatione, Rodenburg. l. c. Tit. II, Cap. I, § 4). Авторъ замѣчаетъ, что вещныя права, возникающія на основаніи дѣеспособности гораздо важнѣе личныхъ, (reales quippe habilitatis effectus caeteris longe sint illustriores, Rodenburgh, l. c. p. 11) и находитъ, что было бы безсмысленно дать женщинѣ право продажи иностранной недвижимости, и считать ее въ тоже время неспособной обязываться, въ силу ея lex domicilii (тамъ же).

Подъ l. domicilii Роденбургъ разумѣетъ, конечно, законъ мѣстожительства, а не родины. Если Утрехтскій совершеннолѣтній 20-ти лѣтъ переселится въ Голландію, онъ опять становится несовершеннолѣтнимъ, такъ какъ тамъ совершеннолѣтіе наступаетъ лишь въ 25 лѣтъ. Это можетъ показаться страннымъ, но вѣдь все положеніе лица опредѣляется законами мѣстожительства и несовершеннолѣтній добровольно подчинился Голландскимъ законамъ (personae conditionem a causa domicilii constat regi totam, Rodenburgh, l. c. Tit. II, Pars Altera, Cap. I, § 5).

Роденбургъ говоритъ языкомъ итальянскихъ постглоссаторовъ. Но какъ только онъ доходитъ до вопросовъ наслѣдственнаго права, онъ забываетъ всѣ свои справедливыя соображенія и слѣдуетъ теоріи того же Бургундуса. Завѣщательная дѣеспособность несовершеннолѣтнихъ должна обсуждаться по l. rei sitae. Здѣсь статутъ не изданъ въ виду право- и дѣеспособности лица, а только съ цѣлью регулировать переходъ вещей, да еще въ частномъ случаѣ завѣщанія; поэтому, такой статутъ реаленъ (adeoque circumscriptive ad istum alienationis actum, cujusmodi statuta realia

esse traditum saepius, Rodenburgh, l. c. Tit. II, Cap. V, § VII), а въ заголовкѣ параграфа: Aetatem testandi metimur ubi bona statuta sint). Точно также реальны статуты, запрещающіе даренія между супругами. Нужно руководствоваться не соображеніемъ, что статутъ изданъ для лицъ, а содержаніемъ запрета: если запрещенъ вещный актъ—дареніе недвижимостей между супругами, то и статутъ реаленъ. И авторъ прибавляетъ, что lex rei sitae старинное и надежнѣйшее правило, которое должно примѣняться какъ только рѣчь заходитъ о землѣ (certissima usu ac observatione regula est, cum de rebus soli agitur ...spectari semper cujusque loci Leges ac Iura ubi bona sita esse proponuntur, Rodenburgh, l, c. Tit. II, Cap. V § I). Такимъ образомъ, теорія Бургундуса, принятая сначала лишь для классификаціи статутовъ по объекту, принимается Роденбургомъ теперь и для опредѣленія дѣйствія законовъ въ пространствѣ. На нелогичности автора излишне настаивать. Почему, въ самомъ дѣлѣ, статутъ, запрещающій несовершеннолѣтнему отчуждать недвижимость, вліяетъ на его общую дѣеспособность и признается внѣземельнымъ, а статутъ, лишающій его права составить завѣщаніе, долженъ считаться не модифицирующимъ его юридическую личность и, стало быть, территоріальнымъ?

Такимъ образомъ, и Роденбургу не удалось послѣдовательно провести разграниченіе личныхъ и реальныхъ статутовъ со стороны ихъ дѣйствія. Но самое слабое мѣсто его диссертаціи конечно то, гдѣ онъ старается подвести формы акта подъ реальный статутъ [1]).

Съ одной стороны, Роденбургъ согласенъ съ Бургундусомъ, что форма завѣщанія должна зависѣть отъ l. rei sitae, такъ какъ законъ не можетъ вліять на иностранную недвижимость даже относительно формы [2]). Но съ другой стороны, и завѣщаніе, составленное по l. loci actus, должно быть признано всюду. Было бы несообразно требовать отъ завѣщателя

[1]) Ср. мѣткія замѣчанія Lainé, l. c. II, pp. 50 — 52 и 365 — 371.

[2]) Rodenburgh, l. c. Tit. II, Cap. III § I.

составленія нѣсколькихъ завѣщаній, соотвѣтственно числу странъ, гдѣ лежатъ его помѣстья (тамъ же).

Такимъ образомъ форма завѣщанія по праву должна быть отнесена къ реальному (территоріальному) статуту; но соображенія справедливости заставляютъ Роденбурга исказить самое понятіе территоріальности: l. rei sitae не обязательна, а лишь факультативна и равноправна съ l. loci actus [1]).

§ 3. Стокмансъ.

Такое же колебаніе между принципомъ природы вещей и началомъ безусловной территоріальности замѣчается у Петра Стокманса (Petri Stockmans, Opera Omnia; Decisines Brabantiae etc. Ed. Bruxelles). Въ своей Decisio IX авторъ утверждаетъ, что форма завѣщанія должна обсуждаться по l. loci actus. Въ Decisio I, онъ разсказываетъ, что въ качествѣ судьи высказался за подчиненія брачнаго имущественнаго права l. domicilii, и высмѣиваетъ при этомъ своихъ коллегъ-практиковъ. Это, говоритъ Стокмансъ, люди, которые до того проникнуты реальностью статутовъ, что, кажется, легче вырвать у Геркулеса палицу или у Юпитера молнію, чѣмъ измѣнить ихъ мнѣніе (ut facilius sit Herculi clavem aut Iovi fulmen excutere quam regulas hujusmodi universales quibus semel imbuti sunt, huic hominum genere eximere, l. c., § 1 in fine).

Но въ CXXV Decisio Стокмансъ самъ говоритъ, какъ завзятый „прагматикъ". Онъ разбираетъ вопросъ, опредѣляется ли несовершеннолѣтіе продавца недвижимости по l. rei sitae или по l. domicilii. Ему извѣстны доводы итальянской школы въ пользу послѣдняго рѣшенія. Тѣмъ не менѣе Стокмансъ соглашается съ теоріей Бургундуса и — съ установившейся практикой. (Jam pridem Pragmaticorum consensu et usu fori invaluit, ut ubicumque agitur de rerum soli alienatione... aliisque translationis et acquisitionis modis, inspici-

[1]) См. о Роденбургѣ Lainé, l. c. I, pp. 404 — 405 и II passim; Bar, l. c. I, pp. 51 — 52.

antur leges loci ubi res sitae sunt, Stockmans, Decisio CXXV § 9). Дѣйствительность легатовъ въ пользу супруга, завѣщательная способность сына семейства, права первородства — все это находится въ зависимости отъ l. rei sitae [1]).

IV. Теорія Д'Аржантрэ въ Германіи [2]).

§ 1. Гайллъ и Минзингеръ.

Германскіе современники Д'Аржантрэ, Гайллъ (Andreas Gaill † 1587) и Минзингеръ (Mynsinger † 1588) хорошо знакомы съ итальянской доктриной; однако, какъ справедливо замѣчаетъ Ленэ [3]), у нихъ можно констатировать тенденцію въ пользу реальности статутовъ. Такъ Гайллъ [4]) признаетъ, что формы акта опредѣляются по l. loci actus (l. c., § 2); но затѣмъ, по поводу вопроса о наслѣдованіи супруговъ, утверждаетъ, что статуты не могутъ дѣйствовать внѣ территоріи законодателей [5]); имущество, находящееся внѣ территоріи, подчинено закону мѣстонахожденія [6]); личная дѣеспособность не можетъ имѣть внѣземельнаго дѣйствія [7]). Нужно однако замѣтить, что примѣры, приводимые Гайллемъ, всѣ относятся къ области наслѣдственнаго права, и что онъ различаетъ движимости и недвижимости (l. c., § 16).

Минзингеръ высказывается по поводу столкновенія наслѣдственныхъ законовъ [8]) и стоитъ за ихъ территоріальность.

---

[1]) Stockmans, l. c., § 10.

[2]) Ср. Lainé, l. c. I, pp. 408—413.

[3]) l. c. I, p. 403.

[4]) Gaill, Practicarum Observationum... Libri Duo, Amstelodami 1603; Liber II, Observatio CXXIII.

[5]) Observ. CXXIV, § 5; Ubi igitur cessat jurisdictio statuentium, ibi statuti dispositio non obtinet.

[6]) Gaill, Observ. CXXIV, § 8.

[7]) l. c., § 11: idemquoque receptum, si consuetudo vel statutum circa personas aliquid disponat, vel statuat, puta habilitando eas, vel prohibendo aliquid, utroque casu extra territorium consuetudinis vel statuti non fit extensio.

[8]) Mynsinger, Singularium Observationum Imperialis Camerae Centins. VI, Coloniae 1697.

§ 2. Мевіусъ.

Сильное вліяніе итальянской школы сказывается еще въ системѣ Давида Мевіуса († 1670)[1]. Авторъ придаетъ большое значеніе выясненію намѣренія законодателя.

Такъ, личный или реальный характеръ статута опредѣляется не тѣмъ, что слова закона обращены къ лицу или къ вещи: а тѣмъ, что дѣйствительно имѣется въ виду (Quam diſtinctionem ego utilem et sequendam esse existimo, quatenus nimirum apparet de re, vel persona agi principaliter, ita ut alterutri quid impositum, vel demptum esse velit; Secus autem, si statutum in personam, non personae gratia, aut in rem, non rei causa conceptum reperitur. Mevius, l. c., Prolegomena, Quaestio IV, § 26). По этой же причинѣ согласіе попечителя, требуемое для дѣйствительности договора женщинъ, должно быть отнесено къ формамъ, и слѣдовательно обсуждаться по l. loci actus, такъ какъ статутъ, хотя и говоритъ о лицѣ, но имѣетъ въ виду, главнымъ образомъ, способъ заключенія договоровъ (Nec in hoc tam verbalis forma, seu tenor statuti, quam sensus ejus inspiciendus est: Si enim in personam loqueretur, et non principaliter de persona sed de contrahendi seu disponendi modo et solennitate disponeret, forenses aeque ligabit, Mevius, l. c. Quaestio IV, § 16).

Мевіусъ не принимаетъ двойнаго или тройнаго дѣленія статутовъ и даже не употребляетъ терминовъ personalia, realia et mixta. Разсматривая отдѣльные вопросы (контракты, наслѣдства, завѣщанія), онъ вообще склоненъ съузить область дѣйствія внѣземельныхъ законовъ. Такъ напр., договоры иностранцевъ подчинены всегда l. loci contractus (Mevius, l. c. Quaestio IV, § 10); дѣе-и недѣеспособность лица опредѣляется по закону мѣстонахожденія недвижимостей (Mevius, l. c. Quaestio VI, § 39) Только форма акта не должна непремѣнно соотвѣтствовать l. rei sitae (l. c. § 42).

---

[1]) См. Davidis Mevii Commentarii in Ius Lubecense, Francofurti 1744.

§ 3. Герціусъ.

Французская доктрина окончательно торжествуетъ въ теоріи Герціуса [1]). Герцій выставляетъ три правила для разрѣшенія случаевъ столкновенія законовъ. Первое: когда законъ относится къ лицу, слѣдуетъ сообразоваться съ законами страны, которой принадлежитъ это лицо. (Quando lex in personam dirigitur respiciendum est ad leges illius civitatis, qua personam habet subjectam, Hertius, l. c. p. 175). „Относящимся же къ лицу" законъ считается лишь тогда, когда касается его непосредственно (primario) [2]). Второе правило: если законъ относится непосредственно къ вещи, то онъ получаетъ силу, гдѣ бы и кѣмъ бы ни былъ заключенъ договоръ (Si lex directo rei imponitur, ea locum habet, ubicunque etiam locorum et a quocunque actus celebretur, Hertius, l. c. p. 177 [3]). Третье: когда законъ касается формы акта, то нужно руководствоваться мѣстомъ совершенія дѣйствія, а не мѣстожительствомъ лица или мѣстонахожденіемъ вещи (Si lex actui formam dat, inspiciendus est locus actus, non domicilii, non rei sitae, Hertius, l. c. p. 179).

Герцій не употребляетъ терминологіи статутаріевъ, но его первыхъ два правила вполнѣ воспроизводятъ традиціонное ученіе; зато его третій классъ законовъ не соотвѣтствуетъ смѣшаннымъ статутамъ ни Д'Аржантрэ, ни Бургундуса.

По свидѣтельству Вехтера [4]) статутарная теорія господствовала въ Германіи въ XVI и XVII столѣтіяхъ, при чемъ

---

[1]) Hertius — 1652 — 1710 — Commentationes atque opuscula de selectis et rarioribus argumentis. Francoforti 1700; томъ I, Dissertatio de collisione legum, Sectio IV.

[2]) Герцій вполнѣ раздѣляетъ воззрѣніе Бургундуса, Hertius, l. c. p. 173, что статутъ minor bona ne alienet нельзя считать личнымъ.

[3]) Подъ res здѣсь, конечно, разумѣются недвижимости ср. Hertius, l. c. p. 174.

[4]) Wächter, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 24, статья: Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten: p. 274 и сл.

территоріальность законовъ считалась за общее правило. Нѣмцы воздерживались только отъ употребленія терминовъ: personalia, realia и mixta.

V. Французскіе статутаріи XVIII вѣка.

Окончательное свое выраженіе теорія Д'Аржантрэ получила въ сочиненіяхъ трехъ знаменитыхъ французскихъ юристовъ второй половины XVIII вѣка: Фролана, Булльнуа и Бугіе.

§ 1. Фроланъ († 1746)[1].

Сочиненіе парижскаго адвоката Фролана (Louis Froland, Memoires concernans la nature et la qualité des statuts, Paris 1729, 2 tomes) является новымъ доказательствомъ несостоятельности французской доктрины.

Фроланъ признаетъ существованіе личныхъ и реальныхъ статутовъ, но тутъ же сознается въ невозможности точнаго ихъ разграниченія[2]). Нельзя принять мнѣнія Бургундуса, что личный статутъ не долженъ вовсе касаться вещи: имущество только отходитъ на второй планъ[3]). Личный статутъ долженъ обращаться лишь главнымъ образомъ къ лицу, установляя общую или частную его дѣеспособность[4]). Иначе пришлось бы всѣ законы считать реальными[5]). Согласно съ этими принципами, совершеннолѣтіе лица опредѣляется по l. domicilii, даже въ случаѣ отчужденія недвижимости[6]); не зависятъ отъ l. rei sitae ни право жены поручиться за мужа, ни способность ея къ составленію завѣщанія[7]); наконецъ, даже способность несовершеннолѣтняго къ соста-

---

[1]) Lainé, I, p. 417; II, p. 10—12, 150—154, 386 и passim, Laurent I, pp. 503—508.

[2]) Froland, I, p. 54.

[3]) La fortune est comme la seconde vue de la loi, Froland I, p. 100.

[4]) Froland I, p. 98.

[5]) Froland I, 101.

[6]) Froland I, 57.

[7]) Froland I, 58—59.

вленію завѣщанія относится Фроланомъ къ личному статуту, и въ этомъ онъ значительно выше Булльнуа [1]).

Сознавая такъ отчетливо невозможность провести рѣзкую грань между личнымъ и реальнымъ статутами, Фроланъ тѣмъ не менѣе продолжаетъ развитіе этой конструкціи. Понятно, что реальнымъ оказывается статутъ, главнымъ образомъ касающійся недвижимости [2]). Сюда относятся, прежде всего, законы, установляющіе порядокъ наслѣдованія [3]), но затѣмъ и законы, запрещающіе даренія между супругами, [4]) а также статуты, касающіеся правъ отца на имущество дѣтей, что уже вовсе не такъ очевидно [5]).

Смѣшанные статуты совершено отвергаются Фроланомъ [6]). Онъ замѣчаетъ, что въ ученіи Д'Аржантрэ они совпадаютъ съ реальными [7]). Если же вмѣстѣ съ Вутомъ понимать подъ смѣшанными статуты, касающіеся формъ актовъ, то въ нихъ нельзя открыть ни личнаго, ни вещнаго элемента [8]); они, конечно, упоминаютъ о лицахъ и вещахъ, но главнымъ образомъ имѣютъ въ виду формы [9]). Послѣ этихъ справедливыхъ замѣчаній Фроланъ такъ и не объясняетъ, куда же собственно отнести формы актовъ, къ личному или реальному статуту?

Идея публичнаго порядка выражена у Фролана въ формѣ „запретительныхъ реальныхъ“ статутовъ (dispositions réeles prohibitives), которые онъ противополагаетъ простымъ реальнымъ (purs réels). Но это понятіе очерчено очень туманно, и авторъ самъ прибавляетъ, что законъ носитъ иногда абсо-

---

[1]) Froland II, 1594.
[2]) Froland I, 59 et 78.
[3]) Froland I, p. 61, 156; II, p. 1285.
[4]) Froland I, pp. 73 — 79; II, p. 847.
[5]) Froland I, p. 69 и II, p. 829.
[6]) Froland I, pp. 114 — 154.
[7]) Froland I, p. 149.
[8]) Froland I, p. 137.
[9]) Froland I, p. 139: les formalités qu'ils ordonnent ont été leur première vue.

лютный характеръ, не будучи выраженъ въ запретительной формѣ [1]). Такъ, напр., общность имущества между супругами, основанная на договорѣ, уступаетъ закону мѣстонахожденія имущества лишь, когда онъ содержитъ прямое ея запрещеніе [2]); но та же общность, основанная на личномъ законѣ, лишена во всякомъ случаѣ внѣземельной силы, такъ какъ предполагается, что супруги имѣли въ виду l. rei sitae [3]). Кромѣ того, понятіе запретительныхъ статутовъ прилагается Фроланомъ не только къ территоріальнымъ законамъ. Такъ напр. женщина не можетъ дерогировать своему личному статуту, подчиняющему ее Senatus consultum Vellejanum [4]), даже внѣ предѣловъ этого статута. Очень важно констатировать, какъ рано теорія „публичнаго порядка" сливается съ ученіемъ „объ обходѣ законовъ".

Лэне въ своемъ сочиненіи постоянно противополагаетъ „реализмъ" Фролана и Булльнуа личнымъ тенденціямъ Бугіе. На основаніи всего вышесказаннаго слѣдуетъ скорѣе согласиться съ мнѣніемъ Лорана. Фроланъ вообще очень робко и осторожно высказываетъ собственныя мнѣнія; къ тому же онъ практикъ, а не теоретикъ. Тѣмъ болѣе нужно цѣнить, что онъ во многихъ отношеніяхъ уклонился отъ французскихъ узко-территоріальныхъ тенденцій [5]). Къ немалой заслугѣ Фролана относится также обстоятельство, что онъ, какъ уже указалъ Лэне [6]), первый опредѣляетъ личный статутъ не по l. domicilii, а по l. originis. Это преобладаніе закона происхожденія, касающееся, впрочемъ, только вопросовъ совершеннолѣтія, мотивируется соображеніемъ неудобствъ, которыя влечетъ за собою противоположная доктрина [7]).

---

[1]) Froland I, 167.
[2]) Froland I, 92 и 223—238.
[3]) Froland I, p. 316.
[4]) Froland I, 167.
[5]) Laurent I, 507.
[6]) Lainé, I, 201.
[7]) Froland, II. 1581.

§ 2. Луи Булльнуа (1680 — 1762)[1]).

Булльнуа (Louis Boullenois) разсматриваетъ вопросы столкновенія законовъ въ трехъ своихъ сочиненіяхъ[2]).

---

[1]) Lainé, I, 418; II, 12—24, 38, 47 — 49, 70, 155 — 165 et passim; Laurent I, 492 — 503.

[2]) Въ первомъ (Questions sur les démissions de biens, Paris 1727 Question Sixième, pp. 81 — 168) авторъ сначала какъ будто бы воспроизводитъ разсужденія Фролана. Реальный статутъ главнымъ образомъ касается имущества, какъ напр. законъ, устраняющій дочерей отъ наслѣдованія или установляющій права первородства (l. c. pp. 101 — 102). Личный статутъ главнымъ образомъ касается лица, но имѣетъ, конечно, отношеніе и къ вещи. (Boullenois, l. c. p. 85). Личнымъ оказывается не только статутъ, опредѣляющій общія право- и дѣеспособность, но и законъ, касающійся распоряженія имуществомъ, поскольку онъ вытекаетъ изъ перваго (Boullenois, l. c. p. 163: Le statut qui défend ou permet la disposition des biens par la conséquence d'un autre statut qui fixe l'état et la condition d'une personne est un statut personnel). Поэтому, напр., дѣеспособность несовершеннолѣтняго относится къ личному статуту, даже когда дѣло идетъ объ иностранной недвижимости (l. c. p. 92). Но эта теорія не выдержана. Чтобы оправдать отнесеніе способности жены завѣщать къ личному статуту (p. 99), Булльнуа считаетъ уже нужнымъ выводить ее изъ общей дѣеспособности женщины, существующей независимо отъ ея брака (mais celui qui permet de disposer de ses biens immeubles dans certains cas, quoique l'état et la condition de la personne lui interdisent la disposition de ces mêms biens immeubles dans tout autre cas, est néanmois un statut personnel si cette permission dérive d'une faculté personnelle et générale qu'elle avait avant d'être d'un tel l'état et d'une telle condition, et qu'elle aurait encore cessant cet état et cette condition, Boullenois, l. c. pp. 163—164). И наконецъ теорія нашего автора совершенно подрывается замѣчаніемъ, что статутъ, ограничивающій только въ нѣкоторыхъ случаяхъ право распоряженія недвижимостью, реаленъ. (Le statut qui en laissant à un homme la liberté générale et actuelle de disposer de ses biens immeubles, limite cette faculté pour quelques cas seulement, est un statut réel dans la partie qui limite, Boullenois, l. c. p. 163). Эта непослѣдовательность автора намъ кажется отголоскомъ итальянскаго ученія, различавшаго запретительные и дозволительные статуты.

Столь же нестройной представляется конструкція статутовъ со стороны ихъ дѣйствія. Личный статутъ получаетъ внѣземельную силу только тогда, когда не сталкивается съ реальнымъ. Правда, дѣеспособность несовершеннолѣтняго (l. c. pp. 92 — 93 et 124) всегда обсуждается по l. domicilii, какъ и способность женщины къ составленію завѣщанія (l. c. pp. 99 — 100), но это лишь вслѣдствіе странной аргументаціи, что

Въ окончательномъ своемъ видѣ доктрина Буллынуа представляется въ третьемъ его сочиненіи: „Трактатѣ о личности и реальности законовъ" (Boullenois, Traité de la Personnalité et de la Réalité des Loix, Coutumes, ou Statuts, Paris

---

здѣсь сталкиваются только личные законы (l dom. и lex rei sitae оба регулируютъ дѣеспособность). Насколько произвольно такое построеніе, видно уже изъ того, что право жены поручиться за мужа, основанное на l. domicilii, уступаетъ закону мѣстонахожденія недвижимости (l. c. p. 125), такъ какъ здѣсь, по мнѣнію Буллынуа, личный статутъ сталкивается съ реальнымъ. Но очевидно, что и въ этомъ случаѣ можно было бы противополагать личный статутъ мѣстожительства жены личному статуту мѣстонахожденія недвижимости.

Территоріальность реальнаго статута обосновывается, впрочемъ, и другими мотивами. Такъ Буллынуа признаетъ итальянское правило, заключающее въ предѣлы территоріи статуты, противные общему праву (Or en fait de statuts singuliers et exhorbitans, la régle est effectivement de les renfermer dans leur territoire, Boullenois, p. 109). Въ одномъ любопытномъ мѣстѣ авторъ ссылается даже на цѣль закона: Если даренія между супругами запрещены безусловно, то законъ хотѣлъ очевидно повліять на права состоянія супруговъ и будетъ личенъ; если же запрещеніе поставлено въ зависимость отъ наличности дѣтей, законъ, очевидно, имѣлъ въ виду переходъ имущества и реаленъ (l. c. p. 121).

Такимъ образомъ Буллынуа, подъ незамѣтнымъ вліяніемъ итальянской доктрины, старается смягчить принципы Д'Аржантрэ. Но основнымъ принципомъ все-таки является территоріальность; въ случаяхъ сомнѣнія статутъ долженъ быть признанъ реальнымъ. (Quand la nature du statut ne se dévelopре pas bien clairement, il faut le croire réel plûtot qui personnel et le renfermer dans son territoire, Boullenois, l. c. p. 164).

Въ этомъ своемъ первомъ сочиненіи Буллынуа отвергаетъ категорію смѣшанныхъ статутовъ въ пониманіяхъ какъ Д'Аржантрэ, такъ и Бургундуса (l. c. p. 132). Онъ не упоминаетъ о голландской теоріи, относящей къ смѣшаннымъ статутамъ форму актовъ и основываетъ господство l. loci contractus на общественной пользѣ (bien et utilité publique). Вопросъ, къ какимъ статутамъ относятся формы актовъ, остается открытымъ (Boullenois, Questions sur les demission, des Biens, p. 140 — 141).

Мы не останавливаемся на разборѣ второго по времени сочиненія Буллынуа (Dissertations sur des Questions qui naissent de la contrarieté des Soûx Paris, 1732), такъ какъ взгляды, высказанные въ немъ основаны на ошибочномъ толкованіи Роденбурга, отъ котораго Буллынуа затѣмъ отказался. (Онъ думалъ, что Роденбургъ относилъ частную дѣе- и недѣеспособность всегда къ реальному статуту). Переходимъ къ третьему сочиненію Буллынуа, въ которомъ его доктрина представляется въ своихъ окончательныхъ выводахъ.

1766). Постараемся выяснить существенныя черты этой теоріи, теряющіяся въ массѣ нагроможденныхъ цитатъ и схоластическихъ повтореній.

Личные статуты дѣлятся на общіе (universels) и частные (particuliers): оба эти вида имѣютъ свои подраздѣленія.

Общіе личные статуты, очерчивающіе всю гражданскую сферу лица, называются неопредѣленными (indéfinis). Сюда относятся нормы, установляющія возрастъ совершеннолѣтія или несовершеннолѣтія, касающіяся попечительства надъ безумными и расточительными, и тому подобныя [1]). Эти статуты могутъ установлять отношеніе и къ имуществу [2]).

Другой видъ общихъ личныхъ статутовъ касается только части юридической сферы лица, но въ этой части дѣйствуетъ на все его имущество. Таковы напр. статуты, эманципирующіе несовершеннолѣтняго и дающіе ему право управленія всѣмъ его имѣніемъ [3]).

Частные личные статуты распадаются на чисто-личные (purs personnels) и лично-реальные (personnels réels).

Чисто-личный частный статутъ видоизмѣняетъ общую дѣе- или недѣеспособность относительно какого-нибудь личнаго акта [4]). Сюда относится, напр., неспособность женщины быть поручительницей.

Лично-вещный частный статутъ касается лица лишь по отношенію къ извѣстной недвижимости. Этотъ статутъ иначе можетъ быть названъ смѣшаннымъ, такъ какъ онъ одинаково имѣетъ въ виду и лицо и имущество. Примѣромъ можетъ служить законъ, разрѣшающій даренія между несовершеннолѣтнимъ супругомъ и его женою: этотъ законъ вліяетъ на состояніе лица, но лишь относительно имущества, находящагося на территоріи [5]).

---

[1]) Boullenois I, p. 46; 52—74; 78, 182.
[2]) I, 45, 77.
[3]) Boullenois I, p. 46.
[4]) Boullenois I, 47, 50.
[5]) I, p. 139.

Наконецъ чисто-реальный статутъ имѣетъ въ виду главнымъ образомъ недвижимости; онъ, конечно, относится и къ лицамъ, но не касается ихъ общей право- и дѣеспособности, Таковъ напримѣръ статутъ, запрещающій отчужденіе $^2/_3$ недвижимаго имущества [1]).

Сознавая туманность своей конструкціи, Буллънуа даетъ слѣдующее указаніе для легчайшаго распознаванія характера статутовъ.

Если законъ дозволяетъ что-нибудь лицу дѣеспособному, онъ, конечно, личенъ, такъ какъ частное разрѣшеніе только подтверждаетъ общія права лица. Если законъ запрещаетъ дѣеспособному отдѣльный личный актъ, онъ опять таки личнаго характера; но когда запретъ вещнаго свойства, законъ слѣдуетъ считать чисто-реальнымъ [2]): въ послѣднемъ случаѣ онъ только пріостанавливаетъ дѣеспособность относительно даннаго имущества, а не вообще аффицируетъ ея [3]). Если исходить изъ недѣеспособности, то статуты, подтверждающіе ее частными запретами, во всякомъ случаѣ личны. Тѣ же, которые разрѣшаютъ отдѣльные недозволенные акты, личны лишь когда и самые акты личнаго свойства; въ противномъ случаѣ такіе статуты обращаются въ лично-вещные или смѣшанные [4]). Такимъ образомъ, чисто-вещный статутъ имѣетъ всегда отрицательное содержаніе, а лично-вещный положительное.

Какая же практическая цѣль этого искусственнаго дѣленія?

Общіе личные статуты обоихъ видовъ имѣютъ внѣземельную силу, однако лишь до тѣхъ поръ, пока не сталкиваются съ реальными законами [5]). Поэтому, напр., право несовершеннолѣтняго отчуждать недвижимости обсуждается по l. domicilii [6]): въ этомъ случаѣ имѣется лишь столкновеніе личнаго статута мѣстожительства съ личнымъ же статутомъ мѣсто-

---

[1]) I, p. 50, 83, 114.
[2]) I, p. 101.
[3]) I, p. 80, 98.
[4]) I, 102.
[5]) I, 103, 182.
[6]) I, 99 и 126—136.

нахожденія недвижимости. Но право распоряжаться всѣмъ своимъ имуществомъ по завѣщанію, основанное на l. domicilii, пріостанавливается ограничительнымъ мѣстнымъ закономъ, какъ реальнымъ [1]). Другой примѣръ: общность имущества между супругами сохраняетъ силу въ предѣлахъ статутовъ, ее отвергающихъ вообще, какъ состояніе. Но эта общность пріостанавливается въ своемъ дѣйствіи статутомъ, не допускающимъ ея относительно извѣстнаго рода имущества, такъ какъ такой статутъ реаленъ [2]).

Частные личные статуты надѣляются тою же силою, что и общіе [3]). Реальные — абсолютно территоріальны [4]). Наконецъ, лично-вещные статуты дѣйствуютъ только въ предѣлахъ территоріи и по отношенію къ однимъ домицилированнымъ [5]). Таковъ напр. статутъ, установляющій способность [6]) къ составленію завѣщанія.

Во всей системѣ Булльнуа лицо противополагается только недвижимости, такъ какъ движимости, согласно традиціи, подчиняются имъ l. domicilii [7]).

Въ своемъ второмъ сочиненіи Булльнуа во многихъ отношеніяхъ отдавалъ предпочтеніе закону перваго мѣстожительства. И теперь онъ подчиняетъ ему вопросы совершеннолѣтія, отеческой власти, эмапципаціи. Но онъ гораздо сильнѣе напираетъ на то, что это только исключенія изъ правила, опредѣляющаго личный статутъ по настоящему мѣстожительству лица [8]).

Система Булльнуа въ высшей степени схоластична и произвольна; границы между личными, реальными, лично-вещными статутами легко стираются. Послѣдній видъ ста-

---

[1]) I, 98.
[2]) I, 751.
[3]) I, 183.
[4]) I, 189.
[5]) I, 183.
[6]) I, 714, 715.
[7]) Observatio XIX, I, 338 — 348.
[8]) Boullenois, II, pp. 7 — 53; cp. Lainé., II, 203 — 216.

тутовъ изобрѣтенъ очевидно для того, чтобы маскировать явно территоріальныя тенденціи автора. Такъ, способность несовершеннолѣтняго къ отчужденію недвижимостей считается общимъ личнымъ статутомъ, а способность къ составленію завѣщанія того же несовершеннолѣтняго — частнымъ и вещно-личнымъ. Чѣмъ однако мотивировать это различіе, если не желаніемъ ограничить внѣземельную силу способности къ составленію завѣщаній? Еще чаще самъ вещно-личный статутъ переходитъ въ реальный. Такъ, право жены на отчужденіе приданаго объявляется не лично-вещнымъ, какъ бы слѣдовало ожидать, а чисто-реальнымъ [1]), и тоже рѣшается относительно дареній между супругами [2]). А статутъ, устраняющій дочерей отъ наслѣдованія, называется то реальнымъ [3]), то лично-вещнымъ [4]).

Правда, идея международнаго общенія проглядываетъ иногда сквозь туманныя конструкціи автора. Въ знаменитомъ своемъ введеніи Булльнуа замѣчательно вѣрно опредѣляетъ задачу международнаго частнаго права [5]). Онъ признаетъ, что извѣстная общественная необходимость (une certaine necessité publique) заставляетъ отступить отъ принципа абсолютной территоріальности [6]); что интересы торговли и общенія приводятъ къ извѣстному взаимному проникновенію законовъ (droit de parcours et entrecours, I, 152). Замѣчательно, что иногда и лично-вещные статуты получаютъ внѣземельную силу, именно, если они тождественны съ законами мѣстонахожденія недвижимости, хотя не по праву, а „по братству“ [7]).

[1]) I, 222.

[2]) II, 131 — 132.

[3]) I, 295.

[4]) I, 337.

[5]) Boullenois, Préface, p. XXVIII: Je me représentai toutes les différentes Loix qui regnent parmi les Nations, comme des Maîtres et des Souverains dont je ne devais pas blesser l'autorité; mais aussi je considérai le monde entier comme une grande République où il fallait mettre la paix et la bonne intelligence.

[6]) I, 156.

[7]) A titre de fraternité, I, 101 et 717.

Наконецъ, мы встрѣчаемъ у Булльнуа даже отголоски итальянской доктрины. Онъ допускаетъ, что иногда не объектъ, а мотивъ закона опредѣляетъ его территоріальный или внѣземельный характеръ. Но это только въ исключительныхъ случаяхъ, именно, когда законъ ясно выражаетъ свою цѣль, напр. запрещаетъ дареніе между супругами для предупрежденія взаимной эксплоатаціи, а не въ интересахъ недвижимости; въ такомъ случаѣ законъ будетъ личенъ и экстратерриторіаленъ [1]).

Потребности международной жизни заставляютъ Булльнуа дѣлать иногда уступки личному началу даже въ области наслѣдственнаго права [2]). Все же нужно сказать, что это личное начало въ теоріи Булльнуа является лишь исключеніемъ. Это ясно выражается самимъ авторомъ въ слѣдующемъ правилѣ, устраняющемъ всякія недоразумѣнія на счетъ духа его теоріи: „Въ случаѣ сомнѣнія, когда статутъ говоритъ о лицахъ и имуществѣ и когда его сущность не достаточно выясняется— естественнѣе считать его реальнымъ, такъ какъ, разъ дѣло касается недвижимостей, правильнѣе подчинить ихъ закону мѣстонахожденія, чѣмъ иностранному закону, который не имѣетъ никакой прямой и непосредственной власти надъ ними“ [3]).

§ 3. Бугіе.

(Jean Bouhier 1673 — 1746) [4]).

Прямою противоположностью доктринѣ Булльнуа является ученіе президента Дижонскаго парламента Бугіе, изложенное въ его комментаріяхъ на Бургундскіе обычаи [5]).

---

[1]) I, 105.

[2]) Примѣры приведены у Лэне II, pp. 303 — 328.

[3]) Donc dans le doute, lorsqu'un Statut dispose de la personne et des biens, et qu'il ne se développe pas suffisamment, il est plus naturel de le présumer réel, parce que dès qu'il s'agit de choses qui ont leur situation, il est plus naturel de les laisser gouverner à la Loi où elles sont situées, qu'à une Loi étrangère qui n'a nulle autorité sur elles directe et principale, Boullenois, I, p. 113.

[4]) Lainé, 1, 419—20; II 53—68 et passim; Laurent I, 508—521.

[5]) Les Coutumes du Duché de Bourgogne, Édition de Dijon 1742, tome I; Observations Chap. XXI — XXXVI.

Разобравъ теоріи своихъ предшественниковъ, Бугіе пришелъ къ убѣжденію, что разграниченіе личныхъ и реальныхъ статутовъ со стороны содержанія невозможно [1]). Онъ опредѣляетъ поэтому статуты только со стороны ихъ дѣйствія [2]), ab effectu, т. е. подъ личными разумѣетъ экстратерриторіальные, а подъ реальными — территоріальные законы.

Личные статуты Бугіе дѣлитъ на 4 класса. Къ первому онъ относитъ законы, касающіеся недѣлимыхъ и невещественныхъ правъ [3]) (droits incorporels et indivisibles), другими словами [4]) законы, регулирующіе права состоянія лицъ. Частная дѣеспособность имѣетъ ту же внѣземельную силу, что и общая [5]). Опека [6]), отцовская власть [7]), способность несовершеннолѣтнихъ [8]) сыновей семейства (l. c. § 119) и замужнихъ женщинъ (l. c. § 118 и сл.) къ составленію завѣщаній, относятся авторомъ безъ колебанія къ личному статуту, и это по требованіямъ разума и общественной пользы (la raison et l'utilité publique, Chap. XXIII, § 64). Бугіе находитъ нрямо абсурднымъ, чтобы кто либо считался въ предѣлахъ одного обычая дѣеспособнымъ, а въ сферѣ другого недѣеспособнымъ; это внесло бы, къ тому же, великую путаницу въ имущественныя отношенія (l. c. § 66).—Движимости всегда раздѣляютъ судьбу лицъ (Chap. XXV, § 2 и сл.).

Второй классъ личныхъ законовъ составляютъ статуты, основанные на предполагаемой волѣ сторонъ. Всякій договоръ создаетъ личный искъ противъ обязаннаго лица, распространяющійся на все его имѣніе, гдѣ бы оно ни находилось; очевидно, что статутъ, предполагающій молчаливый договоръ, надѣленъ тою же внѣземельной силою (Chap. XXIII, §§ 69—71);

---

[1]) Chap. XXIII, § 58.
[2]) Chap. XXIII, § 59.
[3]) Chap. XXIII, § 64.
[4]) l. c. § 68.
[5]) Chap. XXIV, § 99.
[6]) Chap. XXIV, § 2 и сл.
[7]) l. c. § 37 и сл.
[8]) l. c. § 21 и сл.

сюда относятся прежде всего законы, установляющіе общность имущества между супругами (Chap. XXVI, § 3 и сл.). Однако, главнымъ аргументомъ, приводимымъ Бугіе въ защиту личнаго характера этого статута, является „великій принципъ", что въ сомнительныхъ случаяхъ слѣдуетъ стараться проникнуться духомъ законодателя, его предполагаемыми цѣлями (§ 26); Бугіе находитъ, что общность имущества разрѣшается или запрещается не въ интересахъ недвижимости, а въ интересахъ лицъ (§§ 27—30). Слѣдовательно, этотъ статутъ личенъ. Личными же объявляются законы, касающіеся исключенія изъ наслѣдованія дочерей, получившихъ приданое (Chap. XXVI, § 175 и сл.).

Третій классъ личныхъ статутовъ составляется изъ законовъ, которые обращаются къ подчиненнымъ имъ лицамъ съ запрещеніями, основанными на причинахъ публичнаго свойства (causes publiques, Chap. XXVII). Таковы статуты: запрещающіе вѣрить въ долгъ сыну семейства (Senatusconsultum Macedonianum l. c. § 3); недопускающіе поручительства замужнихъ женщинъ (§ 5); установляющіе неотчуждаемость дотальнаго имущества (§ 14). Бугіе и здѣсь особенно настаиваетъ на томъ, что внѣземельность этихъ законовъ слѣдуетъ изъ намѣреній законодателя (Chap. XXIII, § 75). Такъ, напр., статутъ, запрещающій даренія между супругами, личенъ, потому что изданъ въ интересахъ самихъ лицъ, а не ради имущества (l. c. § 60).

Наконецъ, четвертый классъ личныхъ (или внѣземельныхъ) статутовъ составляютъ законы, касающіеся формы актовъ (Chap. XXVIII). Единственнымъ исключеніемъ изъ правила „locus regit actum" является случай, когда l. domicilii требуетъ отъ своихъ подданныхъ соблюденія извѣстной формы заграницей (l. c. §§ 10—12). Бугіе чувствуетъ однако все неудобство относить формы къ личному статуту. Онъ утверждаетъ поэтому, что законы, требующіе соблюденія извѣстныхъ формальностей, обращаются къ должностнымъ лицамъ, ихъ примѣняющимъ (l. c. §§ 13—14).

Къ реальнымъ статутамъ авторъ относитъ:

1) статуты, регулирующіе свойство и качество недвижимостей (Chap. XXIX);

2) статуты, касающіеся наслѣдованія по закону (Chap. XXX). Главнымъ мотивомъ реальности этихъ законовъ является интересъ сохраненія имущества въ семьяхъ. Лэне [1]) отмѣтилъ непослѣдовательность Бугіе: относя исключеніе дочерей изъ наслѣдства къ личному статуту, нашъ авторъ раньше говорилъ, что „наслѣдованіе невещественное и универсальное право, которое распространяется на все имущество" [2]);

3) статуты, устанавливающіе мѣры предосторожности въ интересахъ третьихъ лицъ (Chap. XXXI), напр. требующіе традиціи при дареніи (l. c. § 3 и сл.) или публикацій при субституціяхъ (l. c. § 7);

4) статуты, касающіеся исполненія договоровъ и судебныхъ рѣшеній касательно недвижимостей (Chap. XXXII);

5) законы, касающіеся полиціи (Chap. XXXIII);

6) уголовные законы (Chap. XXXIV);

7) законы „противные общему праву, или явно несправедливые" (Chap. XXXV). Сюда относятся сроки давности (l. c. § 3), ограниченія свободы, распоряженія извѣстнаго рода имуществами, право первородства и т. п. (§ 6).

Въ послѣдней главѣ своихъ „Observations" Бугіе выставляетъ правило, вполнѣ характеризующее отношеніе его системы къ ученію Булльнуа. „Въ случаѣ сомнѣній, статутъ слѣдуетъ считать скорѣе личнымъ чѣмъ реальнымъ (Chap. XXXVI, § 6). Этого требуетъ общественная польза, такъ какъ принципъ реальности кутюмовъ источникъ неурядицы въ гражданскихъ отношеніяхъ (l. c. § 7).

Въ своихъ критикахъ труда президента Бугіе, какъ Лоранъ, такъ и Лэне, почти не касаются его теоріи публичнаго порядка. Между тѣмъ, ей посвящена обширная глава

---

[1]) Lainé II, 64.

[2]) Bouhier, Chap. XXVI: Mais qui ne sait, qu'une succession est un droit incorpurel et universel?.. sa nature est de s'étendre sur tous les biens.

(Chap. XXI: Par quelles Coutumes ou Statuts sont liées les personnes ou les biens et si l'on y peut déroger), имѣющая огромное значеніе для исторіи идей международнаго частнаго права.

Во первыхъ, замѣчательно уже то, что Бугіе считаетъ нужнымъ разсматривать вопросы „публичнаго порядка" совершенно независимо отъ своего дѣленія статутовъ. Такимъ образомъ, съ одной стороны, получаются статуты экстратерриторіальные и территоріальные, съ другой, законы публичнаго и непубличнаго порядка.

Статуты публичнаго порядка называются авторомъ „запретительными" (statuts prohibitifs, Chap. XXI и § 49). Отличительной чертой ихъ является абсолютная невозможность имъ дерогировать, которая выводится не только изъ текста, но изъ самаго духа законовъ (l. c. § 57). Затѣмъ, что особенно важно, понятіе запретительныхъ статутовъ не пріурочивается къ территоріальнымъ законамъ. Запретительные статуты прямо дѣлятся на личные и вещные (§ 74), смотря по цѣли закона (§ 78). Къ территоріальнымъ запретительнымъ законамъ относятся, напр.: ограниченіе права распоряженія всѣмъ имуществомъ по завѣщанію, запрещеніе неравномѣрнаго дѣлежа наслѣдства, такъ какъ эти нормы издаются въ интересахъ третьихъ лицъ (§ 65). Къ личнымъ (внѣземельнымъ) запретительнымъ статутамъ авторъ причисляетъ законы, касающіеся согласія родителей на женитьбу сыновей, регулирующіе участіе мужа въ договорахъ жены, или вводящіе извѣстную обязательную форму завѣщанія и пр. (§ 64). Вообще говоря, домицилированные въ предѣлахъ одного обычая не могутъ обходить своихъ законовъ заграницей; нельзя допустить такой явной насмѣшки надъ этими законами [1]). Мы

---

[1]) On doit même dire en général, que tous ceux, à qui la Coutume de leur domicile défend de faire une chose tenteraient inutilement d'éluder cette prohibition, en allant faire hors de l'étendue de cette coutume un acte, qu'elle aurait prohibé. Car ce serait se jouer des Loix; ce qui ne doit jamais être souffert, l. c. § 48.

еще вернемся къ этой теоріи Бугіе. Теперь ограничимся замѣчаніемъ, что ученіе о публичномъ порядкѣ вполнѣ сливается въ ней съ ученіемъ объ обходѣ законовъ (in fraudem legis).

Замѣтимъ, наконецъ, что въ вопросѣ объ опредѣленіи закона, регулирующаго личный статутъ, Бугіе идетъ дальше Фролана и Булльнуа, и примѣняетъ l. originis даже къ положенію замужней женщины и къ способности завѣщать. Но его ученіе въ этомъ отношеніи очень сбивчиво и противорѣчиво [1]).

VI. Критика французской теоріи статутовъ.

Въ своемъ блестящемъ и остроумномъ резюмэ французской доктрины статутовъ проф. Арманъ Лэне отмѣчаетъ три характерныя ея черты: 1) всѣ законы раздѣлены на два класса; 2) реальность законовъ общее правило; 3) въ основаніи этой реальности лежитъ идея суверенитета законовъ, тогда какъ личное начало коренится въ идеѣ справедливости [2]).

Ошибка французскихъ статутаріевъ, по мнѣнію парижскаго профессора, заключалась въ томъ, что они стремились къ подведенію всѣхъ законовъ подъ двѣ категоріи личныхъ и реальныхъ статутовъ, что, конечно, невозможно. Одни отказываются, поэтому, отъ примѣненія своей теоріи ко всѣмъ вопросамъ, особенно къ формамъ актовъ; другіе изобрѣтаютъ смѣшанные статуты, понятіе которыхъ со стороны содержанія и дѣйствія крайне измѣнчиво и произвольно; третьи, въ особенности Бугіе, искажаютъ самое понятіе личныхъ и реальныхъ статутовъ, отождествляя ихъ съ внѣземельными и территоріальными.

Идея классификаціи законовъ по объекту оказывается недостаточной для разрѣшенія всѣхъ вопросовъ международнаго частнаго права. Однако, по мнѣнію Лэне, эта идея безусловно вѣрна для извѣстной группы юридическихъ отношеній. Нѣкоторые законы издаются безъ всякаго отношенія къ имуществу (напр. опредѣляютъ условія дѣйствительности брака,

[1]) Ср. объ этомъ Lainé II, pp. 199 — 217.
[2]) Lainé II, pp. 6 — 93.

узаконенія), другіе, наоборотъ, не имѣютъ вовсе въ виду лица (различеніе движимостей и недвижимостей). Кромѣ того, во многихъ законахъ, упоминающихъ одновременно о лицахъ и вещахъ, цѣли законодателя выясняются съ такою очевидностью, что относительно личнаго или реальнаго характера ихъ не можетъ быть сомнѣнія. Законъ, запрещающій несовершеннолѣтнему продажу имѣнія, очевидно личенъ, какъ равно не можетъ быть спора на счетъ реальности статута, установляющаго сервитутъ въ пользу какого нибудь имѣнія [1]).

Мы не находимъ однако возможнымъ принять даже это сокращенное изданіе французской теоріи статутовъ. По нашему мнѣнію, замѣчательная книга Эрнеста Рогена [2]) нанесла этому ученію смертельный ударъ.

Нельзя, говоритъ Рогенъ, представить себѣ законъ, касающійся только лица, безъ отношенія къ какому нибудь объекту. Такъ называемыя юридическія свойства (qualités juridiques): несовершеннолѣтіе, подданство, дѣеспособность, и т. п., всегда разложимы на рядъ простѣйшихъ правоотношеній, характеризуемыхъ присутствіемъ явленія внѣшняго міра (phénomène extérieur) или вещи въ широкомъ смыслѣ слова. Такъ, напр., быть несовершеннолѣтнимъ, значитъ быть тѣлесно въ чьей либо власти, или быть неспособнымъ къ совершенію того или другого акта, имѣющаго всегда отношеніе къ вещи (въ широкомъ смыслѣ слова).

По мнѣнію Рогена, не существуетъ особеннаго состоянія ни лицъ, ни вещей. Существуетъ только извѣстная группировка отношеній тѣхъ и другихъ. Иногда законодатель распредѣляетъ лица на извѣстные классы (по возрасту, полу, происхожденію и пр.) и установляетъ различныя отношенія этихъ классовъ ко всякаго рода имуществу. Или же законъ группируетъ имущества, опредѣляя отношенія отдѣльныхъ видовъ вещей ко всякаго рода лицамъ. Но всѣ юридическія

[1]) Lainé II, pp. 27—33.
[2]) Ernest Roguin, La règle de Droit, Lausainne, 1880.

отношенія касаются и вещей и лицъ. Ренюссонъ былъ правъ, считая всѣ законы смѣшанными [1]).

Намъ кажется, что вся исторія французской доктрины статутовъ оправдываетъ мнѣніе Эрнеста Рогэна. Достаточно вспомнить всю пестроту опредѣленій личнаго и реальнаго статутовъ, данныхъ учениками Д'Аржантрэ, чтобы убѣдиться въ ложности критерія, предложеннаго учителемъ. Бретонскій комментаторъ требовалъ, чтобы личный статутъ касался всего состоянія лица (universaliter), и безъ всякой вещной примѣси (abstracte ab omni materia reali). Относить къ личному статуту одну общую дѣеспособность оказалось совершенно невозможнымъ. Шаллинъ подчиняетъ недѣеспособность во всѣхъ случаяхъ l. domicilii. Бургундусъ считаетъ личнымъ всякій статутъ, имѣющій своимъ объектомъ личный актъ. Роденбургъ, правда, требуетъ, чтобы личный статутъ или касался общаго положенія лица, или „вліялъ" на него (turbet); но затѣмъ для особенной дѣеспособности различаетъ какъ Бургундусъ, личные и вещные акты, относя только послѣдніе къ реальному статуту. Фроланъ не считаетъ необходимымъ, чтобы личный статутъ касался общей дѣеспособности, и для того, чтобы прикрыть свое противорѣчіе доктринѣ Д'Аржантрэ, придумываетъ особенное толкованіе слова „universaliter", которое отождествляетъ съ „primario" [2]); другими словами, онъ сливаетъ совершенно произвольно оба требованія Д'Аржантрэ. Схоластическая система Булльнуа въ сущности только новое изданіе теоріи Роденбурга.

Та же участь постигла второе требованіе Д'Аржантрэ, по которому личный статутъ не долженъ вовсе касаться недвижимости. Мы видѣли, что ближайшіе его преемники: Шаронда, Буво, Анри, Рикаръ не рѣшаются опредѣлять способность завѣщать по l. rei sitae; Шаллинъ и Лебренъ впадаютъ въ противорѣчія; Ренюссонъ предлагаетъ даже характернымъ признакомъ личнаго статута, что онъ относится ко всему

[1]) Roguin, La règle de Droit, pp. 160—173.
[2]) Froland, I, 98.

имуществу. Роденбургъ опредѣляетъ дѣеспособность несовершеннолѣтняго къ отчужденію недвижимости по l. domicilii, а способность его къ составленію завѣщанія по l. rei sitae. Другіе смягчаютъ правило Д'Аржантрэ въ томъ смыслѣ, что личный статутъ касается только главнымъ образомъ лица. Но это вноситъ, конечно, еще большую произвольность въ разрѣшеніе частныхъ случаевъ. Такъ у Фролана способность жены къ составленію завѣщанія относится „главнымъ образомъ“ къ лицу, но права отца на имущество дѣтей почему то реальны. Наконецъ, въ системѣ Булльнуа границы между личнымъ и реальнымъ закономъ передвигаются съ поразительною быстротою, благодаря измышленію гибкихъ вещно-личныхъ статутовъ. И только Бургундусъ проводитъ послѣдовательно мысль, что личный статутъ не долженъ касаться недвижимости; но именно онъ своею послѣдовательностью и довелъ это требованіе ad absurdum.

Намъ кажется, что въ основаніи французской доктрины лежитъ вѣрная мысль. Но это не дѣленіе статутовъ на реальные и личные, непригодное даже для случаевъ приводимыхъ Лэне. Заслуга Д'Аржантрэ, на нашъ взглядъ, заключается въ томъ, что онъ старался обнять все разнообразіе международныхъ отношеній частныхъ лицъ одной общею идеею. Если бы можно было провести точную грань между личными и вещными законами, мы имѣли бы для разрѣшенія конфликтовъ одинъ общій критерій, который могъ бы быть принятъ всѣми государствами, какъ не основанный на отдѣльномъ территоріальномъ воззрѣніи. Но это оказалось невозможнымъ. Ученики Д'Аржантрэ тщетно изощряются въ подновленіи красокъ, положенныхъ на картину учителемъ: цвѣта одного статута постоянно переходятъ въ цвѣта другого. Наконецъ, статутаріи останавливаются на формулѣ, что нужно сообразоваться съ тѣмъ, что законодатель имѣлъ главнымъ образомъ въ виду. Но этимъ французская школа уже возвращается къ итальянскому субъективизму и окончательно измѣняетъ идеѣ объективнаго надгосударственнаго начала. Между

тѣмъ цѣль территоріальнаго закона никогда не можетъ оправдать его распространенія за предѣлы установившей его власти.

Лучшей иллюстраціею всего этого ученія является теорія Бугіе. Въ тотъ моментъ, когда всѣ средства искусной діалектики его современника Булльнуа направлены на прикрытіе логическихъ прорѣхъ ученія, въ тотъ самый моментъ эти прорѣхи обнаруживаются съ такою очевидностью, что Бугіе принужденъ вовсе отказаться отъ опредѣленія статутовъ по содержанію.

Бугіе, однако, новаторъ только съ внѣшней стороны. И до него, личный или вещный характеръ статутовъ не могъ служить достаточнымъ объясненіемъ ихъ территоріальности или внѣземельности. Какъ справедливо указываетъ Лэне, территоріальность статутовъ коренится въ феодальномъ суверенитетѣ кутюмовъ. Неудивительно поэтому, что внѣземельность законовъ является исключеніемъ; напротивъ, замѣчательно, что это исключеніе тоже основано на правѣ. Д'Аржантрэ указываетъ на различіе развитія людей въ разныхъ климатахъ. Бургундусъ утверждаетъ, что „всякъ предполагается такимъ, какимъ его считаетъ отечественный законъ“. Роденбургъ находитъ, что сама природа вещей (ipsa rei natura) указываетъ на опредѣленіе личныхъ правъ по lex domicilii. Эти доводы основаны на естественномъ правѣ. Но у Булльнуа и Бугіе мы находимъ даже проблески сознанія идеи международнаго общенія; они говорятъ объ „общественной необходимости“, объ „общей пользѣ“ и „братствѣ между законами“. Другая мало замѣченная идея подкапывается съ самаго возникновенія французской теоріи подъ начало абсолютной территоріальности. Это идея, по которой воля частныхъ лицъ получаетъ иногда внѣземельную силу, которой лишенъ иностранный законъ.

Мы видѣли, что самъ Д'Аржантрэ допускалъ экстратерриторіальность общности брачнаго имущества, основанной на договорѣ. То же самое различіе между закономъ и договоромъ мы встрѣчаемъ у Фролана. Наконецъ, Бугіе создаетъ изъ

выраженныхъ и даже молчаливыхъ договоровъ особый классъ внѣземельныхъ статутовъ.

Такимъ образомъ, французская доктрина постепенно уходила отъ принципа абсолютной территоріальности, и Бугіе могъ въ концѣ концовъ противопоставить Буллньуа свой знаменитый парадоксъ: „Въ сомнительныхъ случаяхъ статутъ не реаленъ, а личенъ". На самомъ дѣлѣ, оба начала, территоріальность и внѣземельность, оказались въ концѣ концовъ равноправными, но не примиренными, не объединенными одной высшей идеей. Бугіе, создавъ теорію публичнаго порядка, особенно рѣзко выяснилъ возможность столкновенія „запретительныхъ" территоріальныхъ и экстратерриторіальныхъ законовъ. Но и онъ не далъ ключа къ разрѣшенію этого столкновенія.

Мы позволимъ себѣ формулировать свои выводы о французской теоріи статутовъ въ слѣдующихъ положеніяхъ:

1) Дѣленіе статутовъ по содержанію, на личные и вещные, основано на глубоко вѣрной идеѣ, что при разрѣшеніи вопросовъ международнаго частнаго права нужно руководствоваться объективнымъ методомъ. Д'Аржантрэ впервые помѣстилъ исходный пунктъ своей теоріи внѣ условной сферы отдѣльныхъ территоріальныхъ законодательствъ. Но онъ ошибся въ выборѣ самой отправной идеи.

2) Территоріальность законовъ во французской системѣ дѣлаетъ постепенно все большія уступки личному началу. Но уступки эти основаны не столько на лишь смутно сознаваемой идеѣ международнаго общенія, сколько на идеѣ естественнаго права.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Принципъ территоріальности.

I. Идея Comitas въ Голландской теоріи статутовъ.

§ 1. Павелъ Вутъ.

Первые зародыши голландской доктрины мы находимъ у Павла Вута (1619 — 1677) [1]).

Павелъ Вутъ раздѣляетъ статуты со стороны содержанія на личные и вещные, смотря потому, что они имѣютъ въ виду главнымъ образомъ (potissimum. P. Voet, l. c. Sect. IV. Cap. II, § 5). Дѣленіе это однако не имѣетъ большого значенія, такъ какъ со стороны эффекта оба вида законовъ совпадаютъ.

По мнѣнію Павла Вута, никакой статутъ, касается-ли онъ лица или вещи, по праву не долженъ дѣйствовать внѣ территоріи (Paul Voet, l. c. Sectio IV, Cap. II, § 7: quia nullum statutum, sive in rem, sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur sese extendit ultra statuentis territorium). Внѣземельная сила статутовъ основана исключительно на соображеніяхъ вѣжливости, удобства или интереса, на томъ, что называется однимъ словомъ „comitas", (denique nonnunquam, dum populus vicinus vicini mores comiter vult observare, et ne multa bene gesta turbarentur, de moribus, statuta territorium statuentis, inspectos effectu, solent egredi, P. Voet, l. c. Sect. IV, Cap. II, § 17).

Эта „comitas" не заставляетъ автора дѣлать значительныя уступки идеѣ международнаго общенія. Личный статутъ въ его теоріи постоянно уступаетъ закону мѣстонахожденія недвижимости, напр. въ вопросахъ совершеннолѣтія (Cap. III, §§ 3 — 4), способности завѣщать (l. c. §§ 11 — 12) узаконенія (l. c. § 15). Если движимости подпадаютъ l. domicilii,

[1]) Paul Voet, De Statutis eorumque concursu, Bruxellis 1715. Ср. Lainé II, pp. 97 — 99 и 172; Laurent I, 452 — 457.

то только потому, что онѣ считаются находящимися въ мѣстѣ жительства лица (cap. II, § 8).

Вутъ отступаетъ, однако, отъ принципа территоріальности въ двухъ случаяхъ, не прибѣгая къ пресловутой Comitas. Во-первыхъ, онъ признаетъ, что законы, касающіеся формы, отчасти территоріальны, отчасти внѣземельны, почему онъ считаетъ ихъ смѣшанными ab effectu (l. c. Cap. II, § 4). Во-вторыхъ, мы находимъ у него старинное заблужденіе, будто воля иностранныхъ частныхъ лицъ можетъ дерогировать территоріальнымъ законамъ (l. c. sect. IV, Cap. II, § 15: ut etiam, si statuto in uno territorio, contractus accesserit, seu partium conventio, etiam si in rem sit conceptum, sese extendet ad bona, extra jurisdictionem statuentium sita). Поэтому общность брачнаго имущества, основанная на договорѣ, сохраняетъ силу въ государствѣ, ея не признающемъ (Cap. II, § 16), тогда какъ та же общность, основанная на личномъ законѣ, лишена внѣземельной силы (l. c. Cap. III, § 9).

§ 2. Іоаннъ Вутъ.

(Iohannes Voet)[1].

Теорія Іоанна Вута (сына Павла) изложена въ его комментаріи Пандектнаго права[2], въ отдѣлѣ, озаглавленномъ de statutis. Вопросы столкновенія законовъ авторъ разсматриваетъ съ трехъ точекъ зрѣнія. Сначала онъ установляетъ требованія права (quid ex summo jure obtinere debeat); затѣмъ указываетъ уступки во имя международной вѣжливости (quid ex comitate gens genti circa statutorum decretorumque ex tensionem ultra territorium statuentis liberaliter et officiose indulgeat, permittat, patiatur, ultro citroque, Voet, l. c. § 1); наконецъ, отмѣчаетъ границы, въ предѣлахъ которыхъ для частныхъ лицъ возможно дерогировать законамъ. Эти правила

[1]) Ср. Lainé, II, 99 — 107; 171 — 183; 388 — 393. Laurent, I, 457—484.

[2]) Iohannes Voet, Commentarius ad Pandectas, Tomus Primus. Lib. I, Tit. IV, Pars II, Editio Hagae-Comitum 1726.

авторъ впервые объявляетъ примѣнимыми не только къ отношеніямъ провинцій, но и государствъ, между собою (l. c. § 1).

Іоаннъ Вутъ принимаетъ дѣленіе статутовъ по объекту на личные (касающіеся главнымъ образомъ лица), реальные (относящіеся преимущественно къ имуществу) и смѣшанные; подъ послѣдними онъ разумѣетъ акты (I. Voet, l. c. §§ 2—4). Однако, это дѣленіе чисто формальное, такъ какъ по праву всѣ статуты объявляются территоріальными. Власть законодателя не можетъ простираться за предѣлъ территоріи (neque realia, neque personalia, neque mixta, operari per se quicquam posse ultra statuentis territorium, l. c. § 5).

Относительно реальныхъ статутовъ это очевидно само собою (§ 6). Но и личные законы не могутъ получить внѣземельной силы. Что въ самомъ дѣлѣ принуждаетъ Утрехтскаго судью признать дѣеспособность голландца, находящагося на его территоріи и основывающаго ее на голландскихъ законахъ? (ita laborat injustitia, per suam sententiam alteri dictare velle alterius loci magistratui, l. c. § 7). Ссылки на римское право не могутъ служить доводомъ въ пользу внѣземельности личныхъ статутовъ: въ настоящее время нѣтъ единства императорской власти, которая могла бы сдѣлать обязательными постановленія одного судьи для другого (l. c. § 8).

Есть, правда, возраженія, основанныя на принципѣ справедливости, на природѣ вещей (ipsa rei natura), и они, повидимому, серьезнѣе. Указываютъ на всю несообразность и неудобства правопорядка, при которомъ переходъ черезъ границу мѣняетъ весь юридическій обликъ индивида. Эти неудобства не ускользаютъ отъ Вута. Онъ устраняетъ ихъ однако соображеніемъ, что вѣдь и территоріальность реальныхъ (напр. наслѣдственныхъ) законовъ имѣетъ несомнѣнныя неудобства. Между тѣмъ она безспорна (l. c. § 8). Такимъ образомъ, личныя права иностранца будутъ обсуждаться по закону мѣстонахожденія его самого или его имущества. За туземнымъ законодателемъ остается, конечно,

право не признавать актовъ туземцевъ за границей, если они противны его законамъ и даже наказывать ихъ (l. c. § 9).

Та же аргументація повторяется для доказательства территоріальности смѣшанныхъ законовъ. Нельзя принудить законодателя считать дѣйствительнымъ завѣщаніе, касающееся его территоріи, но составленное въ иностранной формѣ. Конечно, неудобно требовать столько же завѣщаній, сколько различныхъ завѣщанныхъ земель. Но такое требованіе безусловно основано на строгомъ правѣ, по которому, вообще говоря, всякій статутъ теряетъ свою силу внѣ предѣловъ территоріи, въ которой онъ изданъ (perdere omnino officium suum statuta extra territorium statuentis, l. c. § 11).

Но послѣдовательное проведеніе принципа строгой территоріальности привело бы къ правовой войнѣ; власти каждаго государства будутъ нарушать и уничтожать законы остальныхъ и подвергаться, конечно, jus talionis. Поэтому нужно до извѣстной степени отказаться отъ строгостей права (rigor), и взаимной доброжелательностью (mutua comitate) приходить на помощь другъ другу (l. c. § 12).

Эта comitas никогда не смягчаетъ принципа территоріальности по отношенію къ недвижимостямъ. Но ею одною можно объяснить существованіе правила „mobilia personam sequuntur“, такъ какъ отъ государства дѣйствительнаго мѣстонахожденія вещи всегда зависитъ не признать фикціи, будто она находится въ мѣстожительствѣ лица (l. c. §§ 11 — 12).

Та же comitas привела къ подчиненію формъ акта закону мѣста совершенія. Не говоря уже о томъ, что иногда трудно знать законы мѣста нахожденія имущества, непринятіе правила „locus regit actum“ крайне стѣснило и запутало бы гражданскія отношенія (l. c. § 13). Правило это, конечно, факультативно, и каждый воленъ соблюсти формы l. domicilii или l. rei sitae (l. c. § 15). Наконецъ, правило теряетъ свою силу, если кто нибудь заключаетъ сдѣлку за границей въ обходъ туземнаго закона (in fraudem statuti (l. c. § 14).

Понятіе comitas признается самимъ Вутомъ очень ра-

стяжимымъ. Онъ рекомендуетъ, поэтому, заключеніе международныхъ договоровъ для установленія прочной взаимности (l. c. § 17).

Въ послѣдней части своей диссертаціи, Вутъ установляетъ значеніе запретительныхъ статутовъ (§§ 18—22), законовъ, содержащихъ выраженное запрещеніе чего-либо (prohibitive dicuntur, quibus nominatim vetitum, ne quid fiat, § 18) и не допускающихъ уклоненій частныхъ лицъ. Они отличаются отъ простыхъ отрицательныхъ статутовъ, которымъ можетъ дерогировать воля частныхъ лицъ, туземцевъ или иностранцевъ [1]). Отрицательнымъ статутамъ можно дерогировать и т. наз. молчаливыми договорами (tacitae et praesumtae pactiones), а именно, когда воля сторонъ не достаточно выражена, то предполагается, что она совпадаетъ съ l. domicilii. Однако, при отсутствіи всякаго дѣйствія со стороны лица, эта презумція падаетъ и примѣняется территоріальный законъ (напр. при наслѣдствахъ ab intestato, l. c. § 21).

§ 3. Губеръ.

(Ulric Huber, 1636—1694) [2]).

Самымъ типичнымъ выраженіемъ голландской теоріи является небольшая диссертація Ульрика Губера, озаглавленная „De Conflictu Legum diversarum in Diversis Imperiis“ [3]).

Губеръ ставитъ во главѣ своего разсужденія три „аксіомы“ (axiomata): 1) законы каждаго государства дѣйствуютъ на всѣхъ подвластныхъ, но только внутри территоріи; 2) подвластными считаются всѣ лица, находящіяся постоянно или временно въ предѣлахъ государства; 3) государственные пра-

[1]) Примѣръ отрицательнаго статута: бракъ не влечетъ за собою ipso jure общности имущества супруговъ, которымъ не возбраняется однако ее стипулировать.

[2]) Ср. Lainé II, 107—108; 183—188; 406.

[3]) Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis, Pars Altera, Liber I, Titulus III; Lipsiae 1707.

вители придерживаются изъ вѣжливости (comitas) правила, по которому права каждаго народа, упражненныя въ сферѣ его компетенціи, признаются повсюду, поскольку не наносятъ ущерба власти или праву другого управителя и его гражданъ. (I. Leges cujusque imperii vim habent intra terminos ejusdem Rei publicae omnesque ei subjectos obligant, nec ultra. II. Pro subjectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur. III. Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim quatenus nihil potestati aut juri alterius imperautis ejusque civium praejudicetur, Huber, l. c. § 2). Эта вѣжливость, эта comitas, заставляющая отступить отъ принципа строгой территоріальности, основана на молчаливомъ согласіи народовъ, вызываемомъ ихъ интересами (hanc rem non ex simplici jure Civili, sed ex commodis et tacito populorum consensu esse petendam, l c. § 2); было бы слишкомъ неудобно (nihil foret magis incommodum), если бы права, законно пріобрѣтенныя въ одномъ государствѣ, поражались бы постоянно иностранными законами.

Эти свои правила Губеръ поясняетъ нѣкоторыми примѣрами. На основаніи первой „аксіомы“, форма актовъ должна обязательно соотвѣтствовать закону мѣста совершенія (cum sint ab initio invalida, nusquam valere possunt, l. c. § 3); вторая требуетъ, чтобы этотъ законъ соблюдался и иностранцами, какъ временноподданными; наконецъ, въ силу третьей, l. loci actus дѣйствуетъ и на иностранную недвижимость (l. c. § 4). По тому же закону обсуждается внутренняя сила договоровъ: цѣну товаровъ, проданныхъ въ странѣ, гдѣ эта продажа дозволена, можно взыскивать даже въ судахъ страны, запрещающей такую продажу (§ 5). Точно также по l. loci actus должна обсуждаться дѣйствительность брака (Si licitum est eo loco, ubi contractum et celebratum est, ubique validum erit effectumque habebit, sub eadem exceptione, praejudicii aliis non creandi, l. c. § 8), если это не нарушаетъ ничьихъ интересовъ и если бракъ

не представляется преступленіемъ, напр. кровосмѣшеніемъ (cui licet addere, si exempli nimis sit abominandi, ut si incestum juris gentium in secundo gradu contingeret alicubi esse permissum; quod vix est ut usu venire possit). Такъ напр., въ Фрисландіи для дѣйствительности брака достаточно одного согласія брачущихся и не требуется участія церкви; въ Голландіи это участіе обязательно; тѣмъ не менѣе браки фрисландцевъ, заключенные per nudum consensum на родинѣ, будутъ считаться дѣйствительными въ Голландіи. Но за то государство не можетъ допустить, чтобы его подданные обходили законы о бракѣ заграницей (quia sic jus nostrum pessimis exemplis eluderetur). И Губеръ энергично высказывается за признаніе ничтожными браковъ, заключенныхъ туземными несовершеннолѣтними заграницей для обхода законовъ, требующихъ согласія опекуновъ (l. c. § 8).

Для личныхъ правъ Губеръ создаетъ довольно оригинальную систему. Самыя „юридическія свойства" лица, разъ установленныя (очевидно по lex domicilii) остаются всюду одними и тѣми же, но послѣдствія, вытекающія изъ этихъ свойствъ, опредѣляются особо (Qualitates personales certo loco alicui jure impressas, ubique circumferri et personam comitari, cum hoc effectu, ut ubivis locorum eo jure, quo tales personae alibi gaudent vel subjecti sunt, fruantur et Subjiciantur, l. c. § 12). Такъ лица, находящіяся у насъ подъ опекою или попечительствомъ, считаются повсюду таковыми; но права, вытекающія изъ этого положенія, опредѣляются по закону ихъ мѣстонахожденія (l. c. § 12). Фрисландскій сынъ семейства, не обладающій правомъ составлять завѣщанія, получаетъ его въ Голландіи, такъ какъ неприличествуетъ голландцамъ судить у себя дома по иноземному закону (nec civile sit, ut Batavi de negotio apud se gesto, suis legibus neglectis, secundum alienas judicent, l. c. § 13). Такое завѣщаніе не будетъ, конечно, признано во Фрисландіи, но за то во всѣхъ остальныхъ странахъ, законы которыхъ не обойдены (quia cessat ibi illa ratio eludendi juris patrii per suos cives § 13). Это

мѣсто наглядно обнаруживаетъ всю безцѣльность различенія „качествъ“ лица и ихъ „послѣдствій“.

II. Идея Comitas въ XIX вѣкѣ.

§ 1. Стори.

Теорія „Comitas“ нашла себѣ особенно благодарную почву въ Америкѣ.

Самымъ виднымъ представителемъ американской школы является Стори († 1845) [1]), выставляющій, подобно Губеру, три руководящихъ начала (general Maxims).

По первому каждой націи принадлежитъ „исключительный суверенитетъ (exclusive sovereignty)“ въ предѣлахъ территоріи (§ 18). Существеннымъ признакомъ этого суверенитета является отрицаніе всякой высшей власти (it is an essential attribute of every sovereignty, that it has no admitted superior, l. c. § 8); поэтому законодательная сфера государства охватываетъ всѣ лица, вещи и акты, приходящіе въ соприкосновеніе съ территоріей (§ 18).

Второй принципъ логически вытекаетъ изъ перваго. Законы каждаго государства безсильны за предѣлами территоріи. Они не имѣютъ внутренней обязательной силы (intrinsic force) ни по отношенію къ иностранному законодателю (§ 7), ни даже относительно собственныхъ подданныхъ, находящихся за границей (§ 20).

III. Наконецъ, если нѣкоторые законы и получаютъ экстратерриторіальную силу, то исключительно по доброй волѣ территоріальной власти (§ 23).

Эти правила, конечно, только переложеніе аксіомъ Губера, авторитетъ котораго въ глазахъ Стори безспоренъ (§ 31).

Въ сочиненіи Стори субъективный характеръ „Comitas“ выступаетъ особенно рѣзко. Правда, онъ сознаетъ, что эта „доброжелательность“ вызвана взаимными интересами наро-

---

[1]) Joseph Story, Commentaries on the Conflict of laws, Boston 1865.

довъ (§ 35); тѣмъ не менѣе она создаетъ только „несовершенное обязательство“ (imperfect obligation § 33). Каждое государство верховный судья (final judge) въ вопросѣ о свойствѣ и мѣрѣ своихъ международныхъ обязанностей; оно никогда не допуститъ вліянія иностраннаго закона, противнаго его политикѣ или интересамъ. Суды примѣняютъ не свою comitas, a comitas государства (comity of nation § 38).

Сочиненіе Стори содержитъ богатѣйшій матеріалъ для созданія системы положительнаго международнаго права. Однако авторъ склоненъ видѣть и въ юриспруденціи и въ наукѣ одни противорѣчія и постоянно повторяетъ, что не существуетъ никакихъ общихъ началъ, соблюденіе которыхъ связывало бы народы между собою (§ 73). Такъ напр., каждая нація можетъ по своему усмотрѣнію опредѣлять дѣеспособность или по l. domicilii, или по l. originis, или по lex loci contractus; въ своемъ выборѣ она будетъ руководствоваться собственными „насущными интересами“ (substantial interests, § 106). Самъ Стори склоняется въ пользу l. loci contractus и находитъ, что общее подчиненіе личныхъ правъ legi domicilii было бы нежелательнымъ (§ 98); это однако нисколько не мѣшаетъ ему виндицировать отечеству право обсуждать дѣйствія подданныхъ за границей по туземнымъ законамъ, другими словами, принять пресловутую теорію in fraudem legis: вѣдь каждое государство всесильно въ своей сферѣ. А съ другой стороны онъ говоритъ, что французы создали слишкомъ опрометчивую доктрину (bold doctrine), когда объявили, что браки ихъ соотечественниковъ, заключенные за границей для обхода туземныхъ законовъ, всюду недѣйствительны. Другія страны, конечно будутъ судить по своимъ законамъ и пренебрегутъ французскими (other countries will follow their own law, and disregard that of France, § 90; ср. также § 76).

Иногда Стори старается опредѣлить свойство національныхъ интересовъ, способныхъ пріостановить дѣйствіе иностраннаго закона. Такъ бракъ, дѣйствительный по l. loci contractus, признается повсюду, если онъ не создаетъ кровосмѣ-

шенія или полигаміи (§ 113a). Однако, авторъ тутъ же спѣшитъ прибавить, что каждый народъ долженъ самъ опредѣлить понятіе этихъ двухъ преступленій (§ 114a), чѣмъ, конечно, опять открывается просторъ субъективному усмотрѣнію. Въ нѣкоторыхъ другихъ мѣстахъ мы встрѣчаемъ квази — объективныя начала; такъ подчиненіе контрактовъ закону мѣста исполненія кажется автору „выводомъ естественной справедливости" (result of natural justice, § 280). Правило „mobilia personam sequuntur" основано на общей выгодѣ народовъ (general convenience, § 379). Но все это случайныя отступленія отъ общаго, постоянно повторяемаго принципа. Каждая нація имѣетъ свою систему международнаго права, наиболѣе гармонирующую съ ея учрежденіями, интересами, политикой (ср. въ особенности §§ 22, 73, 98, 106). Поэтому неудивительно, что Стори соглашается съ судьею Портеромъ, который находитъ, что начало Comity есть и должно быть неопредѣленнымъ; оно приспособляется къ „разнообразію обстоятельствъ" (variety of circumstances, Story, l. c. § 28).

§ 2. Берджъ.

На той же идеѣ строгой территоріальности построено сочиненіе современника Стори—англичанина Берджа [1]). Каждый законъ дѣйствуетъ только въ предѣлахъ своей территоріи (p. 1), но за то охватываетъ всѣ лица, вещи и акты, приходящія въ касательство съ этой территоріею (p. 2). Comitas оправдывается общими интересами народовъ (p. 5). Въ дальнѣйшемъ изложеніи Берджъ выставляетъ 31 „главный принципъ" своей доктрины (pp. 25—29), въ которыхъ почти буквально воспроизводитъ схоластическую систему Булльнуа.

§ 3. Уитонъ.

Сѣверо-американецъ Уитонъ (1785—1848) тоже отрицаетъ юридическую обязанность государствъ признавать ино-

[1]) Burge, Commentaries on Colonial and Foreign Laws, London, 1838.

странные законы [1]): каждая нація примѣняетъ comitas, такъ какъ находитъ въ этомъ выгоду.

§ 4. Кальво.

Аргентинцу Кальво правила Губера кажутся „вполнѣ согласными со строгою справедливостью и вполнѣ гармонирующими съ потребностями международной жизни". Такое одобреніе Губера особенно характерно въ устахъ знаменитаго писателя и дипломата конца XIX вѣка [2]).

§ 5. Феликсъ.

На европейскомъ континентѣ теорія Comitas нашла себѣ поборника въ лицѣ француза Феликса (1791—1853), сочиненіе котораго было весьма популярно въ первой половинѣ нашего вѣка [3]).

По мнѣнію автора уже изъ самаго равенства націй слѣдуетъ, что власть государства совпадаетъ съ его границами (§ 10) и распространяется за нихъ только вслѣдствіе „концессіи" иностраннаго правительства (§ 12); это послѣднее руководствуется соображеніями своей выгоды и, конечно, не допуститъ примѣненія иностранныхъ законовъ, противныхъ правамъ территоріальнаго суверенитета или интересамъ подданныхъ (§ 15).

Но въ основаніе своей системы Феликсъ кладетъ теорію статутовъ, разсматривая отдѣльно права касающіяся лицъ, вещей и актовъ.

Вообще изложеніе его весьма невыдержано и произвольно. Мы находимъ у него и дѣленіе статутовъ по объекту, который имѣется главнымъ образомъ въ виду (§ 22), и отголоски системы Рикара (§ 67); отвергнувъ смѣшанные статуты (§ 21), онъ все-таки проводитъ тройную классификацію.

---

[1]) Wheaton, Elements of International Law, Ed. Boyd, 1880, § 79.

[2]) Ch. Calvo, Le droit international théorique et pratique, Ed. 1888, Tome II, §§ 514—515, 517 и въ особенности § 519.

[3]) Foelix, Traité du Droit International Privé. Ed. Demangeat, 1866.

Наконецъ, какой вообще смыслъ имѣетъ статутарная теорія, авторъ, которой отрицаетъ всякое юридическое значеніе экстратерриторіальныхъ законовъ (§ 57)?

§ 6. Рокко.

Къ этой же группѣ писателей слѣдуетъ отнести неаполитанца Николая Рокко [1]), сочиненіе котораго построено на системѣ Роденбурга, и грѣшитъ тою же двойственностью мотивовъ экстерриторіальности, что и книга Феликса.

Сначала авторъ заявляетъ, что законъ личенъ, или вещенъ, смотря по тому, что его главный объектъ (pp. 10, 13). Такъ, статутъ, касающійся власти мужа надъ женою личенъ (p. 10); а законъ, запрещающій даренія между супругами, реаленъ, такъ какъ не отражаетъ юридическаго положенія супруговъ (p. 12). Но затѣмъ мы встрѣчаемъ извѣстныя идеи Губера и Стори, въ формѣ слѣдующихъ двухъ принциповъ (p. 110): I. Строгая территоріальность всѣхъ законовъ основана на общемъ политическомъ правѣ“ (diritto politico commune). II. Экстратерриторіальность основана на добровольномъ международномъ правѣ (jus gentium voluntarium). Хотя никакая необходимость не заставляетъ націй признавать иностранныя постановленія (p. 112), тѣмъ не менѣе „правители государствъ молчаливо условились взаимно признавать: качества лицъ, установленныя закономъ мѣстожительства; форму актовъ, соотвѣтствующую закону мѣста совершенія, и вообще благопріобрѣтенныя права; все это, однако, подъ условіемъ, что суверенитетъ не потерпитъ ущерба“ [2]).

Заботы объ охраненіи правъ суверенитета заставляютъ Рокко въ каждомъ юридическомъ отношеніи тщательно отдѣлять частный элементъ отъ публичнаго. Правило „mobilia personam sequuntur“ теряетъ свою силу, въ вопросахъ о конфискаціи (pp. 122 — 133). Правило locus regit actum теряетъ

---

[1]) Nicola Rocco, Dell'usu e autorita delle leggi del regno delle due Sicilie, Napoli 1837.

[2]) Sol che alla sovranità altrui non si arrechi alcun detrimento p. 116.

силу, если въ мѣстѣ исполненія предписаны извѣстныя формы въ интересахъ общественной пользы (p. 298). Договоры, законно заключенные въ одномъ государствѣ, признаются въ другомъ, по сколько это совмѣстимо съ „прерогативами и правами суверенитета“ (p. 393). Словомъ, идея публичнаго порядка является безусловно господствующей, и разстраиваетъ органическую систему Роденбурга, составляющую какъ бы нижній слой теоріи автора. Поэтому нельзя не согласиться съ Пьерантони, называющимъ книгу Рокко скорѣе „рядомъ ученѣйшихъ диссертацій, чѣмъ методическимъ трактатомъ“ [1]).

§ 7. Графъ Варель-Соммьеръ [2]).

Въ самое послѣднее время въ защиту принципа „comitas“ выступилъ французскій писатель графъ Варель-Соммьеръ.

Авторъ сводитъ теорію статутовъ къ шести главнымъ принципамъ.

1. По оригинальному выраженію автора, „гражданское общество рождается отъ квази-контракта соприкосновенія“ (la Société civile naît du quasi-contract de contact). Иностранцы, входящіе въ государство, ipso facto вступаютъ въ гражданское общеніе съ туземцами и становятся такими же подданными какъ и они (§ 24). Поэтому законы, изданные территоріальной властью, управляютъ всѣми актами, совершаемыми на территоріи, или касающимися имущества на ней находящагося (§§ 17, 26). За отечествомъ иностранцевъ остается, конечно, право не признавать компетенціи этихъ законовъ (§ 30).

---

[1]) Aug. Pierantoni, Storia degli Studi del Diritto Internazionali in Italia 1869, p. 106. Теорія „Comitas“ принимается также итальянскимъ профессоромъ Казанова (Del Diritto Internazionale, Lezioni dei prof. Ludovico Casanova con introduzione e note copiosissime dell'Avvocato Emilio Brusa 1876, Vol. II pp. 342 — 343).

[2]) Comte de Vareilles-Sommières „La Synthèse du Droit International Privé“ Revue catholique des Institututions et du Droit, années 1894 — 1897.

2. За предѣлами издавшей ихъ власти статуты не управляютъ дѣйствіями ни туземцевъ, ни иностранцевъ (§ 33). Отъ иностранныхъ государствъ территоріальный законодатель можетъ только требовать, чтобы его законы признавались, поскольку они касаются дѣйствій его подданныхъ, совершенныхъ на національной территоріи (§ 38). Отъ собственныхъ подданныхъ онъ можетъ, конечно, требовать соблюденія національныхъ законовъ и за границей (§ 37).

3. Третій принципъ составляетъ исключеніе изъ двухъ первыхъ. Въ силу его, государство признаетъ иностранные законы о лицахъ, разъ оно считаетъ ихъ дѣйствительно соотвѣтствующими потребностямъ иностранцевъ и если примѣненіе ихъ не представляетъ неудобствъ. Иностранный законъ никогда не примѣняется по праву (de plein droit), а только „propter comitatem“ (§§ 53, 54, 56, 58).

4. Правило „mobilia personam sequuntur“ основано на предположеніи, что движимости всегда находятся въ мѣстѣ жительства лица, и поэтому выражаетъ обязанность государства случайнаго ихъ мѣстонахожденія относительно ихъ владѣльцевъ (§§ 80—83).

5. Въ той области гражданскаго права, которая оставлена усмотрѣнію сторонъ (т. е. въ области т. наз. диспозитивнаго права), эти послѣднія могутъ, конечно, подчиниться и иностранному праву (§ 87, 89).

6. Правило „locus regit actum“ должно быть признано повсемѣстно, поскольку оно касается актовъ, совершенныхъ въ мѣстной формѣ мѣстными же подданными. Не признавая такихъ актовъ, иностранныя государства придаютъ своимъ собственнымъ законамъ обратную силу (§ 98). Что же касается силы правила относительно иностранцевъ, то оно обязательно съ точки зрѣнія государства, на территоріи котораго совершается актъ, и факультативно съ точки зрѣнія отечества контрагентовъ или lex rei sitae (§§ 106, 108). Актъ можетъ считаться дѣйствительнымъ въ одномъ, и ничтожнымъ въ другомъ государствѣ; третьи страны признаютъ его силу, въ

случаѣ онъ дѣйствителенъ по одному изъ компетентныхъ законовъ (§ 111).

Территоріальность законовъ является, такимъ образомъ, общимъ правиломъ. Примѣненіе иностраннаго личнаго статута крайне неудобно, приводитъ къ установленію привилегій и разрушаетъ авторитетъ и единство территоріальнаго законодательства. „Обременительное гостепріимство не есть правовая обязанность“ [1]). Съ другой стороны примѣненіе территоріальнаго статута не заключаетъ въ себѣ никакой несправедливости по отношенію къ самимъ иностранцамъ.

Не говоря уже о томъ, что національные законы не всегда соотвѣтствуютъ природѣ иностранца, и среди подданныхъ территоріальнаго государства находятся индивиды, неподходящіе подъ нормальный типъ, для котораго изданы территоріальные законы, и тѣмъ не менѣе ему подчиненные. Иностранецъ можетъ даже самъ желать своего уравненія съ туземцами, и если его волю считать недостаточной въ виду „естественнаго“ характера національнаго закона, то пришлось бы ему отказать и въ натурализаціи. Нельзя также ссылаться на необходимость единства статуса лица; это вопросъ „юридическаго искусства“ (art juridique), а не права: нѣтъ ничего несправедливаго въ томъ, чтобы одно и тоже лицо считалось дѣеспособнымъ въ одномъ и недѣеспособнымъ въ другомъ государствѣ (§§ 132—141).

Говорятъ, что примѣненіе территоріальнаго личнаго закона къ иностранцамъ нарушаетъ иностранный суверенитетъ; но съ этой точки зрѣнія можно было бы требовать примѣненія къ иностранцамъ не только личныхъ, но всѣхъ вообще національныхъ законовъ (§§ 142—145). Между тѣмъ, разъ за государствомъ признаютъ право не допускать вовсе иностранцевъ на свою территорію, трудно отрицать его право обставить допущеніе извѣстными условіями (§ 149).

Такимъ образомъ, не справедливость, а только соображенія пользы и интереса могутъ заставить суверена примѣнить

[1]) „L'hospitalité onéreuse n'est pas un devoir de justice“ § 131.

иностранный личный статутъ. Справедливость лишь добавочный элементъ: разъ примѣненіе иностраннаго закона повлечетъ за собою выгоду бо́льшую, чѣмъ неудобства, соединенныя съ его примѣненіемъ — то это примѣненіе требуется и справедливостью (§ 151 — 152) [1]).

Разсужденія графа де-Варель-Соммьеръ основаны на въ корнѣ невѣрной мысли, будто единство юридическаго положенія (status) лица не есть требованіе права, а только юридической техники. Это единство требуется именно правомъ — правомъ международнаго общенія. Это право не можетъ допустить, чтобы положеніе иностранцевъ всецѣло зависѣло отъ произвола территоріальнаго законодателя, и ставитъ ему границы.

Постановкою этихъ границъ умаляется однако только произволъ, а не суверенитетъ территоріальнаго законодателя. Международное право опредѣляетъ компетенціи и разграничиваетъ сферы дѣйствія различныхъ законовъ, но не нарушаетъ одного въ ущербъ другому.

Не съ территоріальной, а съ международной точки зрѣнія слѣдуетъ рѣшить вопросъ, перевѣшиваютъ ли удобства или неудобства примѣненія иностранныхъ законовъ. Территоріальный законодатель, отвергающій законъ иностранныхъ государствъ, не даетъ этимъ государствамъ ничего взамѣнъ, такъ какъ оставляетъ за собою право не признавать актовъ своихъ подданныхъ, совершенныхъ за границей по мѣстнымъ законамъ. Международный законодатель, предписывающій территоріальное примѣненіе иностраннаго закона, даетъ ему въ

---

[1]) Авторъ предлагаетъ и критерій территоріальности закона — слѣдуетъ обращать вниманіе на то, имѣетъ ли законъ смыслъ (raison d'être) одинаково для туземцевъ или иностранцевъ. Законъ, установляющій срокъ, до истеченія котораго вдова не можетъ вступать въ новый бракъ, основанъ на соображеніяхъ, дѣйствительныхъ и для туземцевъ и для иностранцевъ; того же нельзя сказать о законѣ, установляющимъ бракоспособность женщины въ 15 лѣтъ (§ 223). Мы затрудняемся видѣть въ этомъ „критеріи“, что либо другое, кромѣ указанія на необходимость интерпретировать волю территоріальнаго законодателя.

то же время право требовать аналогичнаго примѣненія туземнаго права за границей. „Обременительное гостепріимство“ при такихъ условіяхъ обращается въ разумное стѣсненіе своего произвола, во имя общаго, и слѣдовательно собственнаго блага.

Другіе аргументы графа Варель-Соммьера тоже не выдерживаютъ критики. Сравнивая иностранцевъ съ подданными, не подходящими подъ средній типъ, который имѣлъ въ виду законодатель, авторъ забываетъ, что подданные, недовольные законами своего отечества, могутъ экспатріироваться. Что же касается желанія иностранцевъ подчиниться территоріальнымъ законамъ, то они не имѣютъ на это права безъ согласія своего отечества. Натурализація и освобождаетъ ихъ отъ этой зависимости. Наконецъ, что касается права государства допускать иностранцевъ только условно на свою территорію, мы возразимъ, что регулированіе положенія иностранцевъ входитъ въ компетенцію международнаго права цивилизованныхъ народовъ. Право это не можетъ допустить ни безправія иностранцевъ, ни полной ассимиляціи ихъ туземцамъ, которая можетъ имѣть для нихъ иногда самыя пагубныя послѣдствія.

На нашъ взглядъ, графу Варель-Соммьеру не удалось реабилитировать ни теоріи статутовъ, ни принципа Comitas. Заслуга его заключается въ томъ, что онъ далъ очень рельефное доказательство юридической несостоятельности этого ученія, въ которомъ справедливость является „добавочнымъ элементомъ“.

III. Современная англійская доктрина.

§ 1. Филлиморъ.

Въ англійской доктринѣ конца нашего вѣка территоріальный принципъ получилъ очень любопытное видоизмѣненіе. Примѣненіе иностраннаго закона уже не ставится въ зависимость отъ одного произвола. Но международное частное право считается обязательнымъ для англійскаго судьи только на основаніи фикціи, что оно составная часть англійскаго права

Переходомъ къ такому воззрѣнію служитъ книга Филлимора [1]). Авторъ употребляетъ, правда, еще терминъ Comitas и даже видитъ отличительный признакъ международнаго частнаго права въ томъ, что оно не основано на юридическихъ основахъ и не допускаетъ санкціи посредствомъ войны (I, XVI). Но весь духъ сочиненія противорѣчитъ такому утвержденію, и можно указать много мѣстъ, гдѣ оно прямо опровергнуто.

Такъ, говоря о молчаливомъ признаніи государствами иностранныхъ законовъ, Филлиморъ выводитъ его не только изъ соображеній взаимныхъ выгодъ и интересовъ, но и изъ принциповъ „всемірной справедливости“ (Phillimore, IV, § III). Хотя иностранный законъ и не имѣетъ самъ по себѣ обязательной силы (IV, § VIII, прим. f), тѣмъ не менѣе національный судья не долженъ забывать, что jus gentium построено на гипотезѣ существованія общаго права для всѣхъ государствъ (a common law for a Commonwealth of States, IV, § IX). Наконецъ, истинная доктрина автора выясняется вполнѣ при сопоставленіи слѣдующихъ двухъ положеній. Международное право есть право каждой страны (IV, § X). Каждое государство должно разрѣшить своему судьѣ считать иностранный законъ однимъ изъ источниковъ своихъ рѣшеній; тогда судья будетъ примѣнять къ спорному правоотношенію тотъ законъ, которому оно подчинено по самой своей природѣ (in its true nature, IV, § XI).

Что по мысли Филлимора территоріальный законъ не можетъ произвольно исключать дѣйствія иностраннаго, явствуетъ, между прочимъ, изъ его теоріи публичнаго порядка. Иностранные законы лишаются своей силы: 1) если они носятъ политическій характеръ, грозящій безопасности или публичнымъ интересамъ государства (IV, §§ XIII — XIV); 2) если ихъ признанію препятствуютъ религіозныя или нравственныя соображенія (IV, § XV); 3) если они установляютъ институты, исключительно свойственные иностранному праву (IV,

[1]) Philimore, Commentaries upon International Law or Comity, 1874.

§ XVI), напр. рабство, ограниченія правоспособности евреевъ. Въ остальныхъ случахъ иностранный законъ, очевидно, имѣетъ право на признаніе. Принятіе теоріи Стори по мнѣнію автора ознаменовало бы конецъ международнаго частнаго права, основаннаго на идеѣ общенія государствъ (IV, § CCCLXXXIII). Даже практика американскихъ судовъ, примѣняющихъ въ сомнительныхъ случаяхъ l. fori, кажется автору очень спорной (very questionable, I, § XVII).

Такимъ образомъ, можно сказать, что по мнѣнію Филлимора международное частное право реципировано англійскимъ. Основы этой рецепціи коренятся въ идеяхъ международнаго общенія и естественнаго права, которыя часто сливаются у автора. И тѣ же идеи служатъ обыкновенно для опредѣленія матеріальныхъ нормъ нашей науки. Говоря напр., о формахъ договоровъ, Филлиморъ считаетъ нужнымъ доискиваться принциповъ, основанныхъ на истинной природѣ вещей (the Reason of the Thing) и сообразоваться также съ принятіемъ этихъ принциповъ въ практикѣ цивилизованныхъ государствъ (Phillimore, IV, § DCXXIII). Точно также опека подчиняется l. domicilii, такъ какъ это въ природѣ вещей (IV, § DLXV); содержаніе облигацій обсуждается по l. loci solutionis, такъ какъ здѣсь ея корень (seat, IV § DCLI). Вообще вліяніе доктрины Савиньи и Бара сказывается на каждомъ шагу. Эта доктрина, конечно, трудно примирима съ началомъ „доброжелательности", и потому у Филлимора можно встрѣтить contradictiones in adjecto, въ родѣ слѣдующей: „правило международной Comitas повелительно (imperatively) требуетъ (IV, § DXLVIII), чтобы опека, установленная по l. domicilii, признавалась всюду".

§ 2. Бичъ-Лоренсъ.

У комментатора Унтона В. Бичъ-Лоренса, мы не находимъ даже слѣдовъ нерѣшительности Филлимора [1]). Признаніе

[1]) W. Beach Lawrence, Commentaire sur les Éléments du Droit International de Wheaton, 1873.

Comitas, говоритъ Бичъ-Лоренсъ, привело бы къ поглощенію всѣхъ прерогативъ правительства судомъ (Tome III, p. 60); суды обязаны соблюдать международное частное право, какъ составной элементъ туземнаго (p. 64). Право ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть дѣломъ вѣжливости (p. 67).

§ 3. Лоримеръ.

„Бабьи сказки о Comitas“ (the old woman's fable of a sort of international civility) отвергаются также положительнымъ умомъ Джемса Лоримера [1]), который мѣтко указываетъ, какъ часто и непослѣдовательно защитники этого принципа опираются на начала справедливости (p. 367). Однако и система самого Лоримера представляется лишенной прочнаго основанія.

Государства, говоритъ Лоримеръ, не независимы (p. 364). Изъ права отстаиванія собственнаго суверенитета вытекаетъ обязанность признанія суверенитета другихъ государствъ, что включаетъ признаніе правъ иностранныхъ гражданъ и законовъ, опредѣляющихъ эти права (p. 370). Въ этомъ признаніи можетъ быть отказано только въ предѣлахъ необходимости, т. е. государственнаго самосохраненія (p. 364); за этими предѣлами начало территоріальности становится даже самопротиворѣчивымъ (p. 365). Такимъ образомъ присутствіе элемента самограниченія въ принципѣ національной независимости составляетъ основаніе международнаго частнаго права (p. 365).

На основаніи вышесказаннаго можно было бы думать, что Лоримеръ исходитъ изъ надгосударственной идеи международнаго общенія. Но въ другомъ мѣстѣ авторъ спѣшитъ подчеркнуть, что международное частное право — территоріальное право (It is local law, p. 387). Случаи столкновенія законовъ могутъ быть разрѣшены только путемъ внутренняго законодательства (p. 389). Это противорѣчіе очевидная дань прежнему территоріальному воззрѣнію.

---

[1]) Lorimer, The institutes of the law of nations, 1883 г. Vol. I, p. 358.

§ 4. Вестлэкъ.

И Вестлэкъ опредѣляетъ международное частное право какъ ту часть положительнаго права, которая основана на фактѣ существованія въ разныхъ странахъ различныхъ юрисдикцій и законодательствъ [1]). Тѣмъ не менѣе нельзя утверждать, что суды должны постоянно примѣнять туземное право, такъ какъ, это привело бы къ самымъ великимъ несправедливостямъ. Поэтому Вестлэкъ одобряетъ англійскую судебную практику, которая, несмотря на полное молчаніе англійскаго закона, выработала правила, по которымъ въ извѣстныхъ случаяхъ признается сила иностранныхъ законовъ (§ IV); благодаря этой практикѣ, общепринятыя нормы международнаго частнаго права постепенно рецепируются въ Англіи (§ XV).

§ 5. Гаррисонъ.

Укажемъ также на аналогичныя воззрѣнія Гаррисона [2]). По мнѣнію этого писателя, международное частное право есть часть муниципальнаго права каждаго государства, опредѣляющая условія, при которыхъ правовыя отношенія будутъ управляться нормами иностраннаго муниципальнаго права. Гаррисонъ предлагаетъ для нашей науки терминъ „интермуниципальнаго права". Обязательность этого права нельзя вывести ни изъ какихъ общихъ отвлеченныхъ началъ. Международное право требуетъ только, чтобы вообще существовало какое нибудь интермуниципальное право.

§ 6. Дайси [3]).

Наиболѣе рельефно разбираемое направленіе выступаетъ у Дайси. Сочиненіе этого автора представляетъ классическій

[1]) Westlake—Holtzendorff, Lehrbuch des internationalen Privatrechts, 1884, введеніе, § I.

[2]) Harrison, въ „Journal du Droit international Prive" за 1880 годъ, стр. 533 и сл.

[3]) A. V. Dicey. A. Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws London 1896 pp. CVII + 853.

сводъ дѣйствующаго англійскаго международнаго частнаго права.

Дайси настаиваетъ на двоякомъ значеніи термина „Law of England“, подъ которымъ можно разумѣть или одно матеріальное англійское право, или также всѣ правила для выбора законовъ и разграниченія юрисдикцій, обязательныя для англійскихъ судей (Dicey, p. 6). Постепенное разростаніе этихъ правилъ есть неизбѣжный результатъ мирнаго сосуществованія независимыхъ народовъ. Примѣненіе иностраннаго права не есть дѣло прихоти (caprice or option); оно вызывается невозножностью руководствоваться однимъ туземнымъ правомъ безъ нарушенія самыхъ существенныхъ интересовъ не только иностранцевъ, но и англичанъ (pp. 9—10). Нужно, впрочемъ, замѣтить, что англійскіе суды не столько примѣняютъ иностранные законы, сколько признаютъ права, пріобрѣтенныя согласно съ этими законами. Извѣстное однообразіе нормъ международнаго частнаго права въ разныхъ странахъ и объясняется тождествомъ цѣли: признанія правъ, законно пріобрѣтенныхъ въ одной странѣ, всѣми остальными (p. 10—12).

Дайси относится критически какъ къ „теоретическому“ методу нашей науки, который онъ обвиняетъ въ смѣшеніи желаемаго съ существующимъ, такъ и къ „положительному“, который пренебрегаетъ принципами, составляющими общее достояніе всѣхъ культурныхъ народовъ. По его мнѣнію источниками англійскаго международнаго частнаго права являются не только 1) парламентскіе акты и 2) прецеденты, но и 3) общіе принципы, выводимые изъ иностранныхъ судебныхъ рѣшеній и теорій;—третьимъ источникомъ судьи пользуются, когда изсякаютъ первые (p. 17—22).

Лично Дайси выставляетъ шесть главныхъ принциповъ, (general principles). Первый—какъ мы уже говорили—извѣстный принципъ признанія благопріобрѣтенныхъ правъ [1]). Дайси знаетъ возраженіе Савиньи, что принципъ благопріобрѣтен-

[1]) P. 22: Any right which has been duly acquired under the law of any civilised country is recognised and, in general, enforced by English courts.

ныхъ правъ, приводитъ къ безъисходному кругу. Но онъ думаетъ, что принципъ имѣетъ всетаки общее значенiе [1]). Однако опредѣленiе „благопрiобрѣтенности“, которое даетъ самъ Дайси. нисколько не говоритъ въ пользу такого мнѣнiя. Право признается неправильно (induly) прiобрѣтеннымъ, если иностранный суверенъ превысилъ свою законодательную или судебную компетенцiю (p. 26—29); превышенiе же это обсуждается съ англiйской точки зрѣнiя.

Но этого еще мало. Второй „принципъ“ Дайси содержитъ цѣлыхъ три предохранительныхъ клапана противъ правъ, уже признанныхъ благопрiобрѣтенными. Права эти не признаются: A) если они противны какому нибудь парламентскому статуту съ экстратерриторiальной силой; B) если они не согласны съ „политикой“ (policy) англiйскаго права. Подъ это крайне неопредѣленное понятiе подводятся англiйскiя понятiя о нравственности (morality, supported by English courts), вопросы о статутѣ лица, объ англiйской недвижимости, процессуальные и пр. Нужно при этомъ замѣтить, что это непризнанiе касается обыкновенно только Англiи. Разъ безнравственное право должно осуществиться внѣ ея предѣловъ, искъ изъ него можетъ быть вчиненъ въ англiйскомъ судѣ; и иностранный „penal or privative status“ признается въ предѣлахъ своей сферы (p. 32—36) [2]); C) если они нарушаютъ права иностраннаго суверена [3]).

Третiй принципъ, выставляемый Дайси — „принципъ дѣйствительности“ (principle of effectiveness), служитъ для разграниченiя юрисдикцiй. Компетентнымъ судомъ для разбора даннаго дѣла признается судъ государства, которое можетъ дать рѣшенiю надлежащую силу. Такъ напр., для ввода во

---

[1]) Does define the object in the main aimed at by rules having reference to the conflict of laws, p. 32.

[2]) Ср. также pp. 474—479, Rules 122—124; Rules 122: Transactions taking place in England are not affected by any status existing under foreign law which either 1) is of kind unknown to English law (slavery, poligamy, disabilities from religious belief, civil death, infamy, prodigality), or 2) is penal.

[3]) Англiйскiе суды не принимаютъ исковъ касающихся „foreign land“.

владѣніе участкомъ земли въ Лондонѣ можетъ быть компетентнымъ только англійскій, а никакъ не иностранный судъ, который не можетъ постановить „эффективнаго". рѣшенія (р. 39—40). Когда судъ ни одной страны не можетъ дать вполнѣ эффективнаго рѣшенія, то юрисдикція признается за судомъ страны, гарантирующей наиболѣе эффективное рѣшеніе [1]).

Изъ принципа эффективности вытекаетъ четвертый принципъ, въ силу котораго компетенція суда можетъ основываться также на добровольномъ подчиненіи лица, которое даетъ этимъ самымъ суду средство сдѣлать рѣшеніе эффективнымъ (р. 42).

Характеръ права, пріобрѣтеннаго по закону какой нибудь цивилизованной страны, опредѣляется по тому же праву, по которому совершено пріобрѣтеніе (Пятый принципъ р. 56).

Шестой принципъ касается значенія воли сторонъ въ международномъ частномъ правѣ. Иностранное право можетъ примѣняться англійскими судами либо, когда тестаторъ (или контрагенты) прямо указали на него, либо въ качествѣ диспозитнаго права (когда оно выводится изъ обстоятельствъ дѣла). Но въ обоихъ случаяхъ иностранное право служитъ лишь для интерпретаціи индивидуальной воли, въ предѣлахъ, очерченныхъ англійскимъ закономъ [2]).

Изложивъ свои „общіе принципы" Дайси посвящаетъ остальную часть своего капитальнаго труда изложенію „англійскаго" международнаго частнаго права, изъ котораго онъ и извлекъ упомянутые принципы. Онъ довольно убѣдительно доказываетъ,

---

[1]) Такъ аннглійское рѣшеніе, присуждающее А землю въ Лондонѣ, вполнѣ эффективно. Англійское же рѣшеніе, разводящее А съ М, только относительно-эффективно, ибо не гарантируетъ своего признанія въ другихъ странахъ; если А и М домицилированы въ Англіи, англійское рѣшеніе наиболѣе эффективно; если же они живутъ въ Америкѣ—менѣе всего р. 41.

[2]) Другими словами, по Бару компетентное территоріальное право, содержащее „die Schranken des Parteiwillens"—границы частной автономіи—опредѣляются по принципу „Natur der Sache"; по Дісеу—границы эти всегда въ англійскомъ правѣ (рр. 57—61).

что англійская юриспруденція, дѣйствительно, опредѣляетъ компетенцію какъ англійскихъ, такъ и иностранныхъ судовъ по принципу эффективности [1]). Нужно, однако, замѣтить, что тѣмъ не менѣе компетенціи эти оказываются не вполнѣ тождественными.

Сопоставимъ, напр., правила компетентности англійскихъ и иностранныхъ судовъ при личныхъ искахъ (actions in personam).

Иностранное судебное рѣшеніе признается въ Англіи только тогда, когда оно постановлено компетентнымъ судомъ. Но эта компетенція обсуждается исключительно съ англійской точки зрѣнія; некомпетентность суда по lex fori не имѣетъ значенія для англійскаго судьи [2]).

По общему правилу, какъ англійскій, такъ и иностранный судъ компетентенъ только тогда, когда отвѣтчикъ въ моментъ врученія ему повѣстки (service of the writ) находится въ странѣ (p. 232 и 374). Но изъ этого правила цѣлыхъ 8 исключеній (p. 237—260), которыя почти всѣ служатъ для расширенія одной англійской компетенціи. Такъ, англійскій судъ можетъ принять искъ противъ лица, домицилированнаго или обыкновенно живущаго въ Англіи; для обоснованія же компетенціи иностраннаго суда одного домициля недостаточно (p. 374).

Англійскій судъ компетентенъ для администраціи (to make a grant) всего движимаго наслѣдства (personal property) покойнаго, если только часть его (even if it be not more then his clothes) находится въ Англіи (p. 316 Rule 62). Иностран-

---

[1]) При actiones in rem юрисдикція зависитъ отъ нахожденія вещи въ предѣлахъ сферы дѣйствія суда; иски о разводѣ и статусѣ вчиняются въ домицилѣ; суды домициля покойнаго имѣютъ юрисдикцію надъ его движимымъ наслѣдствомъ, которое обыкновенно находится въ мѣстѣ домициля; при личныхъ искахъ юрисдикція можетъ быть основана на одномъ пребываніи отвѣтчика въ странѣ суда и т. п. см. стр. 43—56.

[2]) Rule 89, p. 410: Any foreign judgement which is not pronounced by a Court of competent jurisdiction is invalid... the validily of a foreign judgement is not, in general, affected by the fact that the Court which pronounces the judgement is not a proper court („competent“ означаетъ компетенцію суда съ англійской точки зрѣнія; „proper“—съ его собственной).

ный же судъ имѣетъ только право администраціи надъ имуществомъ, находящемся въ его государствѣ (p. 398, Rule 86).

Въ отдѣлѣ, посвященномъ собственно конфликтамъ законовъ или выбору компетентнаго матеріальнаго права, Дайси излагаетъ только юриспруденцію англійскаго High Court (p. 472). Положеніе этой юриспруденціи въ общихъ своихъ чертахъ близко подходитъ къ ученію германской школы. Нельзя однако не отмѣтить и здѣсь извѣстнаго тяготѣнія къ территоріальному закону. Такъ, въ сдѣлкахъ, касающихся недвижимости, дѣеспособность опредѣляется по lex rei situs (Rule 138, p. 516). Признаніе иностраннаго статуса лица не означаетъ еще признаніе эффектовъ этого статуса въ Англіи (Rule 124 p. 478). Англійскій администраторъ руководствуется при уплатѣ долговъ покойнаго исключительно англійскимъ закономъ, какъ lex fori; такъ напр., преемство кредиторовъ (домицилированныхъ или нѣтъ въ Англіи) по какимъ бы то ни было обязательствамъ (даже заключеннымъ внѣ Англіи) опредѣляется по англійскому праву (p. 674 Rule 178).

Понятіе о публичномъ порядкѣ выступаетъ особенно ярко въ ученіи о контрактахъ, которые, вообще говоря, подчинены волѣ сторонъ (p. 553, Rule 148). Контрактъ, говоритъ авторъ, недѣйствителенъ въ Англіи, если онъ противенъ англійскимъ государственнымъ интересамъ, или духу англійскаго права или нравственнымъ правиламъ, принятымъ этимъ правомъ [1]). Какъ примѣры такихъ недѣйствительныхъ контрактовъ приводятся: договоръ о займѣ съ цѣлью поддержанія войны съ дружественнымъ Англіи государствомъ; договоръ двухъ французовъ о займѣ для возбужденія возстанія въ Альзасѣ; договоръ о платѣ за проституцію; договоръ объ обманномъ веденіи бракоразводнаго дѣла въ Англіи (p. 558—559). Но есть еще два случая недѣйствительности контрактовъ, имѣю-

---

[1]) A contract (whether lawful by its proper law or not) is invalid (in England) if it, or the enforcement thereof, is opposed to English interests of state or to the policy of English law, or to the moral rules upheld by English law p. 558.

щіе болѣе общее значеніе. Договоръ недѣйствителенъ, если онъ незаконенъ по закону страны совершенія (p. 559), или же по закону страны исполненія (p. 560). Изъ этого послѣдняго правила дѣлается однако совершенно произвольное и удивительное исключеніе: договоры о нарушеніи фискальныхъ законовъ (revenue laws) иностранныхъ государствъ дѣйствительны въ Англіи. X и A могутъ заключить въ Англіи договоръ о ввозѣ контрабанды во Францію, и искъ изъ такого договора будетъ принятъ англійскимъ судомъ!! (p. 561—563).

Вообще говоря, замѣчательному труду знаменитаго оксфордскаго профессора можно, на нашъ взглядъ, поставить только одинъ упрекъ, но за то очень тяжелый: упрекъ въ недостаточномъ уваженіи основнаго принципа международной жизни—принципа взаимности. Въ этомъ отношеніи нельзя не указать, въ заключеніе, на любопытный примѣръ изъ области брачнаго права. Англійскіе суды, говоритъ Дайси, не признаютъ брака, заключеннаго иностранцами въ Англіи на основаніи иностраннаго закона, расширяющаго свою компетенцію совершенно аналогично англійскому закону (Foreign Marriage Act), (p. 27) о заграничныхъ бракахъ. Quod licet Jovi......

§ 7. Уортонъ [1]).

Сочиненіе Уортона написано подъ большимъ вліяніемъ континентальныхъ писателей. Тѣмъ не менѣе автора нужно всетаки причислить къ англо-американской школѣ въ послѣдней стадіи ея развитія. Уортонъ отвергаетъ Comity и считаетъ международное частное право составною частью Common Law; онъ думаетъ, что такое положеніе вполнѣ совмѣстимо съ теоріей Савиньи. Международное частное право выводится, какъ и другія части Common Law, логическимъ путемъ изъ особенностей каждаго отдѣльнаго случая [2]). Если данный случай долженъ быть

---

[1]) Francis Wharton A treatise an the conflict of Laws, Second Editivis 1884.

[2]) It is ascertained as a logical inference from the conditions of each case, Wharton l. c. § 1.

рѣшенъ по иностранному праву, то это послѣднее становится туземнымъ, и стороны имѣютъ право на его примѣненіе [1]). Но если вникнуть въ разрѣшеніе авторомъ отдѣльныхъ вопросовъ нашей науки, то окажется, что онъ отводитъ территоріальному закону преобладающее значеніе.

Въ этомъ отношеніи особенно поучительна теорія Уортона, о право- и дѣеспособности, имѣющая своимъ исходнымъ пунктомъ дѣленіе законовъ на privilegia odiosa и favorabilia, предложенное итальянскими статутаріями. Ограниченія, установляемыя съ покровительственною цѣлью, должны имѣть экстратерриторіальную силу, такъ какъ они основаны на естественныхъ качествахъ извѣстныхъ лицъ (дѣтей, съумашедшихъ) (§ 102), сразу очевидныхъ для всѣхъ третьихъ лицъ. Искусственныя же ограниченія правоспособности не должны имѣть экстратерриторіальной силы, такъ какъ они не выражаются никакимъ внѣшнимъ образомъ для третьихъ лицъ (§ 103). Признаніемъ иностранныхъ искусственныхъ ограниченій мы создали бы у насъ касты неправоспособныхъ лицъ и санкціонировали бы велѣнія чужеземнаго деспотизма [2]).

Поэтому, рабство, гражданская смерть, потеря правъ на основаніи иностранныхъ рѣшеній, ограниченія правоспособности лицъ того или другого вѣроисповѣданія, имѣютъ чисто территоріальное значеніе (§§ 106 — 109). Но и недѣеспособность обязываться векселями должна опредѣляться во имя bona fides не по личному статуту, а по lex loci contractus (§ 110). Положеніе малолѣтнихъ дѣтей (infants) опредѣляется по lex domicilii; здѣсь мы имѣемъ дѣло съ „natural incapacity“. Но вопросъ о совершеннолѣтіи рѣшается уже на основаніи территоріальнаго закона, такъ какъ это вопросъ „національ-

---

[1]) For when a foreign law binds a particular case, then it becomes part of our common law, and the parties are entitled of right to have it applied Wharton l. c. § 1 a.

[2]) To stretch international law further would be to engraft on free countries the paralyzing restrictions of despotism, § 103.

ной политики". Соединенные Штаты не могли бы допустить, чтобы многочисленные иностранцы, пребывающіе въ нихъ, были бы недѣеспособны, хотя они уже достигли совершеннолѣтія по американскимъ законамъ; это слишкомъ вредно отозвалось бы на торговыхъ оборотахъ (§§ 112 — 116). Даже дѣеспособность замужней женщины Уортолъ склоненъ опредѣлять по lex loci contractus (§ 118; contra въ I изданіи).

Въ брачномъ правѣ Уортолъ еще болѣе стоитъ на субъективной точкѣ зрѣнія. Онъ создаетъ цѣлую теорію „національной политики" (§ 165). По этой теоріи бракоспособность какъ иностранцевъ, брачущихся въ Штатахъ, такъ и американцевъ, вступающихъ въ бракъ за границей, должна обсуждаться по американскимъ законамъ.

„По отличительной политикѣ" (distinctive policy) Соединенныхъ Штатовъ заключеніе браковъ должно быть поощряемо, а потому всякія искусственныя препятствія, создаваемыя иностранными законами, должны быть оставляемы безъ вниманія (§ 127).

Главнымъ мотивомъ для подчиненія вещныхъ правъ на недвижимости и движимости lex rei sitae, — тоже политическій. У каждаго государства своя поземельная политика, которой не могутъ дерогировать иностранные законы (§ 278). Но и движимое имущество страны въ настоящее время имѣетъ такое значеніе, что нельзя допустить его подчиненія чужеземнымъ началамъ (§ 305). Точно также ни одно государство не допуститъ исполненія контракта, противнаго его политикѣ (public policy, § 490), подъ которую (§ 493) подводится и нравственность, опредѣляемая по lex fori.

Приведенныхъ примѣровъ достаточно для того, чтобы отмѣтить политическій характеръ теоріи Уортола, постоянно пробивающійся наружу черезъ принципіально принятыя авторомъ положенія германской школы.

IV. Территоріальный принципъ въ Германіи.

§ 1. Вехтеръ.

Въ первой половинѣ XIX вѣка принципъ территоріальности насчитывалъ довольно много сторонниковъ и въ Германіи. Изъ нихъ заслуживаютъ особеннаго вниманія Вехтеръ и Рейнгольдъ Шмидъ.

Вехтеръ [1]) знаменитъ въ нашей наукѣ своей мѣткой критикой статутарной теоріи, господству которой въ Германіи онъ нанесъ смертельный ударъ. Что же касается его собственной системы, то она является лишнимъ доказательствомъ всей несостоятельности территоріальнаго принципа [2]).

Судья, говоритъ Вехтеръ, долженъ прежде всего сообразоваться съ законами своей страны. Онъ примѣняетъ иностранные законы только тогда, когда такое примѣненіе предписано территоріальнымъ законодательствомъ или слѣдуетъ изъ духа его. Но въ случаѣ сомнѣній судья обязательно отдаетъ предпочтеніе туземному закону (Wächter I, §§ 9—10).

Очевидно, что эти положенія не содержатъ никакого матеріальнаго принципа для разрѣшенія конфликтовъ законовъ. Если же обратиться къ частнымъ вопросамъ, то оказывается, что Вехтеръ исходитъ изъ самыхъ разнообразныхъ мотивовъ, а въ иныхъ случаяхъ и вовсе отказывается отъ раціональнаго обоснованія своихъ положеній.

Статутарная теорія придавала волѣ сторонъ огромное значеніе. И Вехтеръ разрѣшаетъ судьѣ принимать во вниманіе иностранный диспозитивный законъ, который стороны имѣли въ виду. Но онъ дѣлаетъ оговорку, что въ случаѣ сомнѣній, границы „автономіи“ сторонъ должны быть опредѣлены по

---

1) Wächter, Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, въ Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. 24 und 25.

2) Въ пользу lex fori высказались съ разными оговорками еще до Вехтера германскіе юристы Мевіусъ, Стрикъ, Бешенъ, Гартлебенъ, Бемеръ, Гауссъ, Кори, Мауренбрехеръ и Миттермайеръ. См. о нихъ у Вехтера II16—, 25, 298—304.

территоріальному закону (II, 35—47). Изъ молчаливаго же подчиненія сторонъ выводится неизмѣнчивость брачнаго режима, который считается подчиненнымъ закону мѣстожительства мужа (II, 47).

Въ области личныхъ правъ Вехтеръ различаетъ правовыя качества (Rechtliche Eigenschaften) и правовыя послѣдствія (Rechtswirkungen). „Правовыя качества" должны обсуждаться по l. domicilii. Но это правило не можетъ быть объяснено подчиненіемъ лица закону мѣстожительства, такъ какъ признаніе этого подчиненія не обязательно для другихъ государствъ (I, 287). Правило основывается исключительно на германскомъ обычномъ правѣ (II, 177). Что же касается правовыхъ послѣдствій, то они обсуждаются по закону суда, такъ какъ относительно ихъ не существуетъ аналогичнаго обычнаго права (II, 177). Вспомнимъ, что юридическія „качества" и „послѣдствія" уже различены въ теоріи Губера.

Семейныя отношенія регулируются каждымъ государствомъ только въ виду собственныхъ подданныхъ; поэтому иностранцы подчиняются l. domicilii. Такое рѣшеніе, исходящее изъ цѣлей закона, модифицируется однако въ томъ смыслѣ, что браки туземцевъ съ иностранцами подпадаютъ закону суда (II, 185). Точно также бракъ туземца съ иностранкой, заключенный за границей, будетъ признанъ ничтожнымъ въ отечествѣ, если не соблюдена обязательная въ этомъ послѣднемъ форма церковнаго вѣнчанія. (Здѣсь возникаетъ сомнѣніе, какой законъ долженъ восторжествовать, и слѣдовательно примѣняется l. fori) (I, § 10).

Цѣль закона служитъ Вехтеру руководящимъ мотивомъ и въ области международнаго наслѣдственнаго права. Нужно различать, имѣетъ ли законодатель въ виду интересы лицъ, или само имущество. Очевидно, что въ первомъ случаѣ государство не имѣетъ никакого основанія регулировать наслѣдованіе иностранцевъ: не безразлично ли ему, какъ они подѣлятъ между собою имѣніе, хотя бы лежащее въ предѣлахъ территоріи (II, 198)? Поэтому наслѣдованіе по завѣщанію или по за-

8*

кону подчиняется l. domicilii даже относительно недвижимостей. Другое дѣло, когда государство издаетъ законы о вещахъ, какъ таковыхъ, напр. требуетъ системы ипотечныхъ книгъ при залогѣ недвижимостей, установляетъ особые разряды имѣній — дворянскія, крестьянскія и т. п. Въ такихъ случаяхъ законы имѣютъ чисто территоріальное значеніе [1]).

Въ частности, и форма завѣщанія должна была бы всегда соотвѣтствовать закону мѣстожительства наслѣдодателя (II, 368); по мнѣнію Вехтера, какъ форма такъ и содержаніе этого акта одинаково принадлежатъ къ такъ называемымъ принудительнымъ законамъ (leges cogentes), отступленіе отъ которыхъ для сторонъ не допустимо (II, 370). И если съ XVI вѣка communis opinio высказывается изъ практическихъ соображеній за подчиненіе формы завѣщаній l. loci actus, то слѣдуетъ помнить, что сила этого правила основана исключительно на обычномъ правѣ (II, 371) и что оно, разумѣется, факультативно (II, 377 и сл.).

Такимъ образомъ, Вехтеръ основывается то на волѣ сторонъ, то на цѣляхъ закона, то на обычномъ правѣ. Легко видѣть, что его мнимый основной принципъ не находится ни въ какой органической связи съ его ученіемъ. Напротивъ того, правило, что въ случаѣ сомнѣній нужно придерживаться закона суда, играетъ роль посторонняго и разрушающаго элемента. Судья обязанъ, правда, примѣнять иностранное право, если такое примѣненіе выводимо изъ духа территоріальнаго законодательства. Но такъ какъ точное правило предписано только на случай сомнѣній, то слѣдуетъ опасаться, какъ бы эти сомнѣнія не возникали у судьи чаще, чѣмъ это желательно въ интересахъ правильной международной жизни.

§ 2. Рейнгольдъ Шмидъ [2]).

Рейнгольдъ Шмидъ признаетъ, вмѣстѣ съ Савиньи, идею международнаго общенія. Но для него какъ для Вехтера

[1]) Wächter II, pp. 199 — 200, 363 — 368.

[2]) Reingold Schmid, Die Herrschaft der Gesetze, Jena 1863.

нормы международнаго частнаго права черпаютъ свою силу въ рецепціи отдѣльными территоріальными законодательствами, а не въ самомъ международномъ общеніи. Идея этого общенія только даетъ „толчокъ къ правообразованію въ отдѣльныхъ государствахъ“ (einen Antrieb für die Rechtsbildung in den einzelnen Staaten), а не сама творитъ право; поэтому примѣненіе иностраннаго закона должно быть всегда основано на авторитетѣ туземнаго законодателя.

Рейнгольдъ Шмидъ находитъ однако, что правила Вехтера лишены принципіальнаго содержанія. Самъ онъ выставляетъ слѣдующія положенія:

Примѣненіе иностранныхъ законовъ вызывается потребностью въ устойчивыхъ международныхъ сношеніяхъ; но оно обусловлено непротиворѣчіемъ высшимъ интересамъ (bedeuterende) внутренняго правопорядка. Что же касается опредѣленія компетентнаго иностраннаго закона, то слѣдуетъ руководствоваться принципомъ природы вещей, по которому каждое государство подчиняетъ своей законодательной сферѣ личность подданныхъ, вещи находящіяся на территоріи, и акты на ней совершенные (R. Schmid, l. c. p. 10—30).

Трудно сказать, почему Шмидъ думаетъ, что его „принципъ“ опредѣленнѣе принципа Вехтера. По разбираемой теоріи судья долженъ производить сравнительную оцѣнку интересовъ международнаго общенія и государства, отдавая послѣднимъ предпочтеніе, какъ только „невыгоды отъ примѣненія иностранныхъ законовъ для внутренняго оборота превышаютъ выгоды для устойчивости международныхъ сношеній“ (p. 27).

Произвольность этой теоріи наглядно выступаетъ при разрѣшеніи Шмидомъ отдѣльныхъ проблемъ нашей науки.

Такъ, дѣеспособность туземцевъ для совершенія актовъ за границей всегда должна опредѣляться нашими судами по нашему праву. Но недѣеспособность иностранца, основанная на его національномъ законѣ, не принимается во вниманіе, если она не существуетъ по законамъ суда (p. 43); она не принимается во вниманіе даже въ случаяхъ, когда обсуж-

дается актъ, совершенный въ отечествѣ иностранца (p. 49). Съ этимъ послѣднимъ рѣшеніемъ интересно сблизить непослѣдовательное подчиненіе перехода права собственности legi rei sitae (p. 60).

Обязательное соотвѣтствіе формъ сдѣлокъ закону суда признается авторомъ стѣснительнымъ для международнаго оборота. Но онъ утверждаетъ, что этого соотвѣтствія во всякомъ случаѣ достаточно для дѣйствительности акта, хотя бы ничтожнаго по закону мѣста совершенія (p. 72 — 73). Этотъ принципъ примѣняется даже къ формѣ брака (p. 79). За то въ области брачнаго имущественнаго права мы наблюдаемъ уклоненіе отъ lex fori въ пользу закона мѣстожительства иностранныхъ супруговъ (p. 81), и точно также lex domicilii управляетъ наслѣдствами не только туземцевъ, но и иностранцевъ (p. 95). Достаточно сопоставить послѣднія два рѣшенія съ абсолютнымъ подчиненіемъ обязательствъ закону суда (p. 74), чтобы получить вполнѣ опредѣленное представленіе о произвольности аргументаціи Шмида.

V. Критика принципа территоріальности.

На пути, ведущемъ къ познанію народами идеи международнаго общенія, голландская теорія статутовъ является громаднымъ шагомъ назадъ. Въ итальянской и во французской школѣ личное начало основано на идеѣ права, положимъ, естественнаго, но всетаки права. Такіе завзятые реалисты, какъ Д'Аржантрэ и Бургундусъ не рѣшаются принципіально отрицать всякое вліяніе иностраннаго закона въ предѣлахъ территоріи. Въ голландской школѣ мы впервые встрѣчаемъ абсолютный принципъ территоріальности, смягчаемый во имя одной „доброжелательности“ (comitas).

Трудно себѣ представить принципъ болѣе произвольный и болѣе непослѣдовательный, чѣмъ эта comitas. Обыкновенно этотъ терминъ переводятъ черезъ „международная вѣжливость“ (courtoisie); Лоранъ въ своей справедливой критикѣ

называетъ теорію comitas доктриной интереса [1]). Еще умѣстнѣе было бы назвать ее теоріей произвола государства суда.

Въ самомъ дѣлѣ, изъ принципа абсолютной территоріальности логически вытекаетъ, что если одно государство желаетъ подчинить своимъ законамъ всѣхъ лицъ и всѣ вещи, находящіяся на его территоріи, то оно должно признать такое же право и за другими государствами. Оно не должно требовать отъ своихъ подданныхъ соблюденія національнаго закона за границей, такъ какъ само подчиняетъ иностранцевъ туземнымъ законамъ. Движимости и недвижимости подпадаютъ исключительно l. rei sitae. Форма актовъ должна бы обсуждаться только по закону страны ихъ совершенія.

Голландцы отлично понимали, что такой порядокъ немыслимъ, такъ какъ неизбѣжно приводитъ къ правовой войнѣ. Но вмѣсто того, чтобы искать ограниченія суверенитета въ идеѣ международнаго общенія, они обратились къ расплывчатому понятію comitas, которая не что иное, какъ субъективное воззрѣніе даннаго народа на свои международныя обязанности, измѣряемыя исключительно собственнымъ интересомъ. При господствѣ абсолютной территоріальности можно по крайней мѣрѣ разсчитывать на международное признаніе закона, дѣйствовавшаго исключительно въ своей сферѣ. Понятіе comitas, конечно, можетъ дать иногда внѣземельную силу иностранному закону, но за то стираетъ всякій слѣдъ какого бы то ни было права въ области международныхъ отношеній.

Въ доктринѣ Вутовъ и Губера противорѣчія встрѣчаются на каждомъ шагу. Іоаннъ Вутъ находитъ, что дѣеспособность должна обсуждаться по закону мѣстонахожденія лица, и тутъ же даетъ законодателю право требовать отъ туземцевъ соблюденія національнаго закона заграницей. Туже непослѣдовательность мы констатировали у Губера. У I. Вута правило locus regit actum еще основано на comitas и факультативно, при чемъ на него нельзя ссылаться in frandem legis domesticae.

---

[1]) Laurent I, 542.

Но у Губера форма актовъ по праву должна соотвѣтствовать закону мѣста совершенія, и тотъ же Губеръ ополчается противъ признанія отечествомъ браковъ туземцевъ, заключенныхъ заграницей для обхода законовъ, требующихъ согласія опекуновъ. Другими словами, все зависитъ отъ того, въ какомъ государствѣ будетъ разбираться процессъ: каждый судья будетъ, конечно, примѣнять свой законъ.

Голландская доктрина показываетъ между прочимъ, что рѣшеніе проблемы международнаго частнаго права требуетъ выясненія понятія „публичнаго порядка". Если одно государство требуетъ соблюденія извѣстнаго закона всѣми, кто вступаетъ на его территорію, а другое требуетъ отъ своихъ подданныхъ за границей соблюденія противоположной нормы, то конфликты неизбѣжны. Вуты еще подчеркнули возможность такихъ конфликтовъ, принявъ дѣленіе законовъ на отрицательные и запретительные, т. е. такіе, которымъ не можетъ дерогировать даже воля сторонъ. Но способъ разрѣшенія столкновенія такихъ законовъ, предлагаемый голландцами, знаменуетъ собою возвращеніе къ субъективизму, притомъ вдохновляемому не идеею справедливости итальянцевъ, а чистѣйшимъ произволомъ. Голландская comitas — эгоизмъ въ самой наивной ея формѣ.

Какъ мы видѣли, голландской теоріи статутовъ посчастливилось у англо-американскихъ и отчасти у континентальныхъ писателей первой половины нашего вѣка. Писатели эти не внесли ничего новаго въ разбираемое направленіе, и ихъ сочиненія только подчеркнули невозможность конструировать систему международнаго частнаго права на такомъ зыбкомъ базисѣ. Что же касается современной англійской теоріи, то она является прекрасной иллюстраціей пресловутаго англійскаго cant'а. Англичане не могутъ не сознавать всей произвольности территоріальнаго принципа. Но боязнь нарушить англійскіе интересы не позволяетъ имъ открыто отказываться отъ него. Отсюда колебанія Филлимора, самопротиворѣчія Лоримера. Выходъ, открываемый, наконецъ, англійскими пи-

сателями изъ своего затруднительнаго положенія, заключается въ остроумной гипотезѣ, что международное частное право всегда совпадаетъ съ англійскимъ. Судья долженъ, конечно, всегда примѣнять одно англійское право, но это самое право, подъ вліяніемъ интересовъ международной жизни будетъ въ извѣстныхъ случаяхъ требовать примѣненія иностраннаго. Такимъ образомъ, по мнѣнію Дайси, даже вовсе устраняется всякое столкновеніе законовъ [1]).

Самъ Дайси доказалъ въ своемъ замѣчательномъ трактатѣ неосновательность такого предположенія. Такъ какъ англійскій законъ предусматриваетъ только немногіе случаи своего столкновенія съ иностранными, то весь вопросъ сводится къ юридическому такту судьи, къ его умѣнію согласовать интересы туземнаго и иностраннаго права. По свидѣтельству Дайси, въ настоящее время англійская юриспруденія приняла теорію признанія благопріобрѣтенныхъ правъ, какъ извѣстно, основанную на безъисходномъ кругѣ; но и она вѣдь не обязательна для отдѣльнаго судьи, и наконецъ, ея дѣйствіе ограничивается требованіями публичнаго порядка, которыя опять таки допускаютъ самое различное толкованіе. И дѣйствительно, мы видѣли, что англійская юриспруденція, кристаллизированная у Дайси, грѣшитъ большимъ субъективизмомъ, и что старая comitas такъ и просвѣчиваетъ черезъ покровъ какъ будто признанной идеи международнаго общенія.

Современная англійская теорія находится въ тѣсной связи съ ученіями Вехтера и Шмида. Эти послѣднія съ особенною рельефностью обнаруживаютъ не только произвольность, но и полную безплодность принципа территоріальности. Въ самомъ дѣлѣ, принятіе этого принципа знаменуетъ конецъ международнаго права и освобождаетъ отъ необходимости пріискивать какой бы то ни было матеріальный критерій для разрѣшенія столкновеній законовъ. Между тѣмъ у Вехтера ихъ цѣлыхъ три: цѣль закона, воля сторонъ, международный обычай;

[1]) См. въ особенности статью Dicey въ Law Quarterly Review. Tome VI, p 12.

такимъ образомъ, произволу судьи поставлены извѣстныя границы. Рейнгольдъ Шмидъ гораздо послѣдовательнѣе Вехтера и строго проводитъ компетенцію lex fori. Благодаря этой последовательности, его книга можетъ служить лучшимъ доказательствомъ ненаучности защищаемаго имъ метода.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Принципъ національности.

I. Предшественники новой итальянской школы.

§ 1. Тибо.

Предвѣстники національной идеи встрѣчаются уже въ началѣ нынѣшняго вѣка въ Германіи. Такъ напр., у Тибо [1]) мы находимъ такое видоизмѣненіе статутарной теоріи: подданный подчиненъ во всѣхъ своихъ правовыхъ отношеніяхъ своему личному статуту, даже тогда, когда судится не въ мѣстѣ жительства, исключая случаи, когда его личный статутъ даетъ ему привилегіи, стѣснительныя для туземцевъ. Формы актовъ могутъ соотвѣтствовать законамъ мѣста совершенія; но отечество не обязано признавать актовъ, составляемыхъ заграницей въ обходъ его законовъ. Недвижимости подчинены l. rei sitae.

§ 2. Эйхгорнъ.

Эйхгорнъ (Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht 1823) дедуцируетъ изъ природы государственной власти общее правило, что каждый подданный долженъ судиться по законамъ, господствующимъ въ его мѣстожительствѣ (§ 34). Автору не удается однако провести эту теорію послѣдовательно. Сначала онъ требуетъ обсужденія не только общей

---

[1]) Thibaut, System des Pandekten Rechts, 5 Aufl. Iena 1818, I, § 36.

правоспособности, но всѣхъ вообще обязательственныхъ и вещныхъ правъ по l. domicilii, подчиняя этому закону даже форму актовъ (§ 35). Но затѣмъ оговаривается, что права лица признаются лишь какъ благопріобрѣтенныя; если же они возникаютъ или упражняются за границей, то по необходимости подпадаютъ дѣйствію иностранныхъ законовъ, подъ защитою которыхъ получаютъ свое выраженіе (§ 36). Любопытно, что и у Эйхгорна соображеніе о запретительномъ характерѣ нѣкоторыхъ законовъ играетъ большую роль. Такъ, по его мнѣнію, наслѣдованіе должно бы обсуждаться по l. domicilii покойнаго (§ 35). Но запретительный законъ мѣстонахожденія недвижимости можетъ не признать универсальной сукцессіи (§ 36).

§ 3. Майлье-де-Шасса.

Тибо и Эйхгорнъ пытались опредѣлить всѣ права человѣка по личному статуту, который является для нихъ закономъ мѣстожительства. Въ сочиненіи француза Майлье-де-Шасса [1]) мы встрѣчаемъ впервые идею національности.

По мнѣнію автора нѣтъ никакого основанія различать международное публичное и частное право; второе только особенное проявленіе высшихъ правъ суверенныхъ государствъ въ сферѣ международныхъ отношеній [2]). Такимъ образомъ вопросъ международнаго частнаго права сводится къ проблемѣ разграниченія суверенитетовъ.

Статутарная теорія исходила изъ идеи феодальнаго или территоріальнаго суверенитета (§ 67), основаннаго на эгоизмѣ и исключительности. Произвольность въ международныхъ отношеніяхъ прекратится, однако, только тогда, когда будетъ принята концепція суверенитета политическаго, естественными элементами котораго являются лицо, его достоинство, его

---

[1]) Mailher de Chassat, Traité des Statuts, Paris 1845.

[2]) Le prétendu droit des gens privé n'est que l'exercice restreint à de certains actes, relatifs aux personnes, des droits plus élévés des souverainetés entre elles, § 53.

права. Законы должны отражать общественныя нужды, а не привилегіи (§§ 97—98).

Можно выставить какъ великій принципъ, что права состоянія лица должны оставаться безъ измѣненія во всѣхъ государствахъ (§ 52). Но лицо требуетъ признанія своихъ правъ за границей не какъ человѣкъ, а какъ гражданинъ извѣстнаго государства (§ 53), какъ членъ извѣстной политической ассоціаціи. Непризнаваніе этихъ правъ противно тому естественному праву, элементы котораго содержатся въ публичномъ правѣ каждой націи (§ 160); оно противно цивилизаціи (§ 53). Національность сосредоточиваетъ въ каждомъ индивидѣ извѣстныя рассовыя, нравственныя, юридическія и политическія особенности (§§ 115—125). Индивидъ долженъ имѣть возможность отражать на чужбинѣ основныя черты національнаго характера (§ 128).

Изъ идеи политическаго суверенитета, какъ ее понимаетъ Майлье-де-Шасса, слѣдуетъ, конечно, безграничное признаніе правъ націй въ предѣлахъ международнаго общенія. Однако авторъ основываетъ на той же идеѣ совершенно противоположное начало. Признаніе правъ иностранной націи никоимъ образомъ не можетъ вліять „ни на землю, ни на публичныя учрежденія, ни на общіе законы, нравы, публичный порядокъ и безопасность страны, въ которой проявляется иностранная національность (§ 161)“. (См. также § 54 и § 131).

Такимъ образомъ создается совершенно противорѣчивая и произвольная теорія. Нѣкоторыя права подчиняются національному закону, потому что этого требуетъ политическій суверенитетъ отечества лица; другія — территоріальному, такъ какъ индивидъ не можетъ навязывать свои учрежденія иноземной націи.

Такъ напр., гражданская смерть, основанная на религіозныхъ причинахъ, подчиняется національному закону (§ 172); даже неспособность духовныхъ лицъ ко вступленію въ бракъ считается тѣсно связанной съ публичнымъ правомъ ихъ оте-

чества (§ 175). Между тѣмъ юридическія послѣдствія брака не всегда получаютъ экстратерриторіальную силу; французскій публичный порядокъ препятствуетъ вторичному вступленію въ бракъ иностраннаго супруга, разведеннаго по отечественнымъ законамъ (§ 197). Отеческая и супружеская власть тоже лишены повсемѣстной силы, такъ какъ иначе индивидъ могъ бы посягать на органическіе законы чужого государства (§ 205), иначе говоря, на его политическія учрежденія (§ 227). А между тѣмъ бракъ называется серьезной модификаціей національности [1]).

Способность къ составленію завѣщанія (§ 342—344) обсуждаются по національному закону. Но самый порядокъ наслѣдованія настолько тѣсно связанъ съ публичнымъ правомъ страны, что регулируется каждымъ сувереномъ по своему (§ 292).

Наконецъ Майлье-де-Шасса проводитъ также извѣстное различіе между правами лица и ихъ послѣдствіями (§§ 163, 241, 266). На основаніи этого различія дѣеспособность обсуждается всегда по l. loci contractus. Никто не можетъ упражнять въ чужой странѣ право иначе, какъ сообразуясь съ законами этой страны. Жить въ какой нибудь странѣ, значитъ во всѣхъ отношеніяхъ подчиняться ея суверенитету (§ 237). Это вытекаетъ уже изъ начала равноправности иностранцевъ и туземцевъ.

Послѣ такой аргументаціи невольно спрашиваешь: что же осталось отъ „великаго принципа“, по которому права человѣка всегда и всюду отражаютъ юридическія воззрѣнія его націи? Намъ кажется, что теорія Майлье-де-Шасса заслуживаетъ вниманія именно потому, что показываетъ всю тщетность попытки построить раціональную систему международнаго частнаго права на принципѣ національности. Этотъ принципъ содержитъ зародышъ самоуничтоженія. Законныя права націи только тогда могли бы получить повсемѣстное развитіе, если бы не сталкивались постоянно со столь же законными

[1]) Une modification grave de la nationalité, § 191.

правами другихъ націй. У себя дома мы защищаемъ данное право, какъ относящееся къ публичному порядку; а за границей требуемъ его признанія какъ національнаго. Очевидно, что этотъ принципъ не даетъ намъ разумнаго критерія для предпочтенія того или другого національнаго закона.

II. Новѣйшая итальянская школа.

§ 1. Манчини.

Апостоломъ идеи національности является великій патріотъ Манчини. На другой день послѣ разгрома подъ Новарой, надъ подавленнымъ плачемъ итальянскаго народа, возвышается полный вѣры голосъ піемонтскаго профессора [1]). И съ понятнымъ торжествомъ римскій профессоръ Манчини проповѣдуетъ юношеству объединенной Италіи культъ идеи, которая освободила родину отъ иноземнаго ига [2]).

Основныя мысли Манчини можно резюмировать слѣдующимъ образомъ:

Признаніе правъ націи имѣетъ свое разумное основаніе въ признаніи правъ личности. „Національность не что иное какъ коллективное проявленіе свободы, и потому священна, какъ сама свобода .... кто посягаетъ на право націи, убиваетъ свободу“ [3]).

Юридическій порядокъ требуетъ согласованія индивидуальной воли съ правами общества. Соціальная власть должна остановиться у границъ безобидной и слѣдовательно законной свободы частныхъ лицъ (Rapport, p. 349); эта свобода должна

---

[1]) Mancini, Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti 1851; см. сборникъ статей Манчини, изданный проф. Pierantoni, въ Неаполѣ, въ 1873 г. подъ заглавіемъ: Diritto Internazionale, Prelezioni.

[2]) Mancini, La vita de'popoli nell'umanità, 1872, въ томъ же сборникѣ. — См. также Rapport, présenté à l'Institut de Droit International, въ Revue de Droit International, VII, pp. 329 — 364.

[3]) La nazionalità non è che la esplicazione colletiva della libertà, e però è santa e divina cosa quanto la stessr libertà... chi a questo diritto fa guerra, uccide la libertà, Mancini, Della Nazionalite, p. 38.

быть ограждена отъ несправедливыхъ стѣсненій, не только внутри государства, но и внѣ его. Нѣкоторыя права принадлежатъ частнымъ лицамъ какъ людямъ, а не гражданамъ (Rapport, p. 350): въ вещномъ и обязательственномъ правѣ частная воля — суверенна, хотя бы и не совпадала съ національнымъ закономъ (Rapport, p. 352).

Другія права частныхъ лицъ выражаютъ юридическій характеръ націи (Rapport, p. 349), особенности котораго обусловливаются климатомъ, почвой, расой (Rapport, p. 350). Отъ этихъ правъ — личныхъ, семейныхъ, наслѣдственныхъ — человѣкъ не можетъ отказаться, такъ какъ они принадлежатъ ему какъ гражданину. Въ частномъ правѣ иностранца слѣдуетъ такимъ образомъ отличать добровольную и необходимую части (Rapport, p. 351).

Это „необходимое" право человѣка не можетъ однако создаваться государствомъ. Если исходить изъ идеи государства, то члены націй, еще не осѣвшихъ или же находящихся съ нами въ войнѣ, не найдутъ признанія своихъ общечеловѣческихъ правъ (Della Nazionalità, p. 43). Въ основаніе нашей науки должно лечь не государство, а національность. (Della Nazionalità, p. 46).

Признаніе государствъ правовыми субъектами значитъ основывать международное право не на органическомъ устройствѣ человѣчества, а на силѣ и произволѣ [1]). Конечно и за государствомъ, не состоящимъ изъ одной націи, должна быть признана юридическая дѣеспособность, какъ она внутри принадлежитъ ассоціаціямъ и общинамъ; но какъ эти послѣднія не могутъ посягать на права государства, такъ государство не можетъ подавить высшаго закона національности [2]), стремящейся къ международному признанію. Естественнаго, совершеннаго состоянія (Etnicarchia) народъ достигаетъ лишь тогда, когда приходитъ къ сознанію своей національности,

[1]) La vita dé populi nell' umanità, pp. 188—194.

[2]) Non può sopprimere nè impedire il prevalente diritto della Nazionalità. Mancini, La vita, p. 196.

когда онъ учреждаетъ національное правительство на очерченной естественными этнографическими границами территоріи, и когда онъ противопоставляетъ свою самобытность самобытности другихъ народовъ [1]).

Принципъ національности не вноситъ никакого раздора въ международную жизнь, какъ то думаютъ нѣкоторые. Націи должны взаимно уважать и пополнять другъ друга. То, что Кантъ говоритъ объ индивидуальной свободѣ, вполнѣ примѣнимо къ національной. Задача права—„обезпечить сосуществованіе и согласованіе свободныхъ національностей всѣхъ народовъ“ (Della Nazionalità, pp. 58—61), достигнуть гармоничнаго развитія всего человѣческаго рода (La vita, p. 187). Какъ государства не могутъ подавить націй, такъ эти послѣднія не могутъ нарушать права и цивилизаціи человѣчества (La vita, p. 196). Поэтому принципъ права представляется „въ видѣ золотой цѣпи, связующей націи и принуждающей ихъ къ взаимнымъ услугамъ“ [2]).

Признаніе правъ личности и націи въ сферѣ международнаго общенія однако не абсолютно. Слѣдуетъ строго различать законы частнаго и публичнаго свойства. Суверенная власть каждой страны не можетъ признать правъ иностранца, нарушающихъ публичный порядокъ страны; во имя того же принципа нація не признаетъ иззѣстныхъ актовъ, совершенныхъ за границей (Rapport, p. 352—353). Къ „публичному порядку“ относится соблюденіе высшихъ принциповъ индивидуальной и соціальной нравственности, уваженіе прирожденныхъ человѣческихъ правъ и вольностей. Въ понятіе публичнаго входитъ и экономическій порядокъ (запрещеніе фидеикоммиссовъ, Rapport, p. 354).

Такимъ образомъ, въ системѣ Манчини частное право лично и національно, а публичное территоріально (Rapport,

[1]) Della Nazionalità, pp. 27, 35, 36, 39.

[2]) Il principio stesso del diritto è dunque l'aurea catena che associa fra loro le nazionalità, e stringe con reciprocanza di uffici le genti, Mancini, Della Nazlonalità, p. 61.

р. 354). Или, выражаясь словами автора, система международнаго права покоится на совмѣстномъ дѣйствіи трехъ принциповъ: свободы, національности, суверенитета. Законодатель долженъ признавать два первыхъ начала, поскольку не затронуто третье (Rapport, 355—356). Основной проблемой международнаго частнаго права для итальянской теоріи является поэтому установленіе границъ суверенитета, или опредѣленіе понятія публичнаго порядка. Самъ Манчини не разработалъ подробно своей системы. Для уясненія ея практическаго значенія мы должны обратиться къ произведеніямъ послѣдователей великаго итальянскаго ученаго.

§ 2. Эсперсонъ [1]).

Въ сочиненіи Эсперсона сильно звучитъ метафизическая струна. Гражданскія права, говоритъ онъ, не что иное какъ признанныя естественныя [2]); общественная власть не уничтожаетъ, а только упорядочиваетъ естественную свободу человѣка (l. c. p. 24—25). А такъ какъ человѣку врождено стремленіе къ ассоціаціи, то должны быть также признаны государства, основанныя на свободной волѣ членовъ, и имѣющія, слѣдовательно, тоже естественное существованіе (esistenza naturale). Для того же, чтобы имѣть такой солидный базисъ, государства должны быть построены на идеѣ національности (l. c. p. 27). Націи составляютъ всемірное общество, созданное природой, и, слѣдовательно, находятся между собою въ юридическихъ отношеніяхъ, вслѣдствіе которыхъ взаимно признаютъ права иностранцевъ въ предѣлахъ территоріи (l. c. p. 1—22). Каждый можетъ всюду ссылаться на свои отечественные законы, поскольку не затронуто публичное право государства суда (34).

Въ высшей степени любопытно прослѣдить, что же собственно понимается Эсперсономъ подъ публичнымъ правомъ.

---

[1]) Pietro Esperson, Il principio di Nazionalitá applicato alle relazioni civili internazionali, Pavia 1868.

[2]) Diritti naturali riconosciuti, Il principio di Nazionalita, p. 22.

Онъ относитъ сюда нормы государственнаго, уголовнаго, полицейскаго процессуальнаго права, но также всѣ гражданскіе и торговые законы, имѣющіе въ виду защиту политическихъ, экономическихъ или моральныхъ интересовъ государства (p. 31), другими словами, все, что касается публичнаго порядка и добрыхъ нравовъ (ordine pubblico ed il buon costume, p. 30). Но очевидно, что такое широкое пониманіе ordre public въ сильной степени подрываетъ принципъ національности, и вся теорія пріобрѣтаетъ весьма произвольный характеръ.

Такъ напр., неубѣдительнымъ представляется дѣленіе личныхъ условій вступленія въ бракъ на положительныя и отрицательныя. Первыя (возрастъ брачущихся, согласіе родителей и т. п.), опредѣляются по національному закону, вторыя (запрещеніе брака въ извѣстныхъ степеняхъ родства или свойства) относятся къ публичному порядку и территоріальны (pp. 77—78). Публичный порядокъ препятствуетъ признанію развода, даннаго итальянскимъ сунругамъ иностраннымъ судомъ (p. 82); и тотъ же порядокъ служитъ Эсперсону основаніемъ для воспрещенія иностранцу, разведенному по отечественному закону, вступить во второй бракъ въ Италіи (pp. 79—80). Это очевидная непослѣдовательность, такъ какъ первый запретъ основанъ на идеѣ, что разводъ всегда долженъ зависѣть отъ національнаго закона. — Имущественныя отношенія супруговъ по презумпціи подчиняются національному закону мужа, который и жена имѣла въ виду, вступая въ бракъ. Однако, если государство по экономическимъ причинамъ отвергаетъ общность имущества, то этотъ запретъ обязываетъ иностранцевъ наравнѣ съ туземцами (pp. 149—153).

Право собственности объявляется „врожденнымъ человѣческой природѣ“ и слѣдовательно доступнымъ иностранцамъ. Законы могутъ касаться имущества или 1) безотносительно къ лицамъ, 2) или по отношенію къ нимъ, 3) или въ связи съ семейными правами. Сначала только первая категорія объявляется имѣющей „общій интересъ“ (interesse generale, p. 89)—сюда

относятся напр. законы, опредѣляющіе характеръ имущества и отражающіе органическія основы собственности (organismo della proprietà, p. 97), напр., регулирующіе вопросы приплода, alluvio, avulsio, образованія острова (pp. 97—98). Но затѣмъ и во второй категоріи выступаютъ экономическіе интересы страны (p. 99), вслѣдствіе которыхъ, напр., пріобрѣтательная давность подчиняется l. rei sitae (p. 100). Наконецъ и наслѣдственныя права, составляющія третій разрядъ, далеко не всегда подчинены національному закону; фидеикоммиссарныя субституціи нарушаютъ экономическіе интересы Италіи, а маіораты не допустимы, какъ противные итальянскимъ основнымъ законамъ (p. 110).

Особенно затруднительно согласовать съ принципомъ національности правило locus regit actum. Эсперсонъ объявляетъ его сначала факультативнымъ, за то пользующимся силою и въ отечествѣ контрагентовъ (pp. 114—115). Но затѣмъ соображенія публичнаго интереса заставляютъ его дѣлать отступленія въ ту и въ другую сторону. Итальянцы, брачущіеся за границей, должны всетаки дѣлать оглашенія въ Италіи, и та же формальность требуется отъ иностранцевъ, вступающихъ въ бракъ въ этой странѣ (p. 121—122). Для того, чтобы переходъ собственности между иностранцами дѣйствовалъ и по отношенію къ третьимъ лицамъ, требуется соблюденіе итальянской формы транскрипціи, такъ какъ здѣсь затронута „публичная экономія“ страны (pp. 119—120).

То же разрушительное дѣйствіе идея публичнаго порядка оказываетъ на принципъ свободы частной воли. Правда, Эсперсонъ рѣшительно провозглашаетъ право завѣщателей или контрагентовъ подчиниться любому закону (pp. 127—129). Но тутъ же слѣдуетъ извѣстная оговорка (p. 130), и допустимость общей ипотеки, продолжительность срока выкупа и т. п. ставятся подъ защиту l. rei sitae (p. 141). Искъ о признаніи обязательства ничтожнымъ объявляется подчиненнымъ закону, вообще управляющему договоромъ. Однако, если rei sitae считаетъ непризнаніе договора противнымъ экономическому

благосостоянію (bene economico) страны, то искъ не будетъ удовлетворенъ (pp. 148—149).

Насколько понятіе публичнаго порядка произвольно, видно также изъ слѣдующаго примѣра. Итальянскій кодексъ даетъ при убыткѣ свыше половины стоимости право требовать уничтоженія договора—но только продавцу; австрійскій—какъ продавцу, такъ и покупателю. Если обязательство вообще подчинено австрійскимъ законамъ, то покупатель можетъ требовать уничтоженія договора и въ Италіи; въ данномъ случаѣ, разсуждаетъ Эсперсонъ, итальянскій законодатель исходилъ не изъ соображенія публичнаго характера, а просто изъ уваженія къ положенію продавца, который де чаще продаетъ по нуждѣ и слѣдовательно требуетъ большей защиты, чѣмъ покупатель (p. 149). Излишне настаивать на натянутости этихъ доводовъ.

Изъ всего сказаннаго нельзя не замѣтить, что принципъ національности, провозглашенный вначалѣ съ такою торжественностью, во всѣхъ почти частныхъ случаяхъ подчиняется авторомъ соображеніямъ территоріальнаго свойства.

§ 3. Фіоре [1]).

Въ сочиненіи Фіоре принципъ національности остается какъ бы въ тѣни, хотя авторъ и объясняетъ различіе территоріальныхъ правъ этнографическими, физическими и нравственными особенностями народовъ (I, § 36). Субъектами международнаго права являются государства или „суверенитеты“, подчиненные высшему закону права и справедливости (I, § 33). Компетенція каждаго суверенитета опредѣляется на основаніи природы даннаго юридическаго отношенія и сообразуясь съ его общими и соціальными интересами (I, § 35).

Было бы однако ошибочно относить Фіоре на основаніи упомянутыхъ положеній къ германской школѣ. Эта послѣдняя признаетъ за теоріей публичнаго порядка только второсте-

[1]) Pasquale Fiore, Droit International Privé Traduit par Charles Antoine, Paris 1890, 2 volumes.

пенное значеніе. Фіоре, наоборотъ, считаетъ выясненіе понятія „ordre public“ основнымъ и труднѣйшимъ вопросомъ нашей науки (I, § 37). Сочиненіе итальянскаго писателя любопытно, именно какъ попытка разрѣшенія этого вопроса.

Къ публичному порядку, по Фіоре, относятся не всѣ законы, касающіеся соціальной организаціи государства, а только тѣ, прямая и непосредственная цѣль которыхъ — охраненіе общественныхъ институтовъ и интересовъ третьихъ лицъ (I, § 250). Такое опредѣленіе, конечно, очень растяжимо, и авторъ старается придать ему большую конкретность. Законы публичнаго порядка дѣлятся на двѣ большія категоріи: одни запрещаютъ пріобрѣтеніе или упражненіе какихъ либо правъ извѣстнымъ опредѣленнымъ образомъ, напр. запрещаютъ усыновленіе собственныхъ незаконныхъ дѣтей или вступленіе въ бракъ безъ согласія родителей. Другіе отмѣняютъ самые юридическіе институты, напр. фидеикоммиссы, личные сервитуты, маіораты, лены и т. под. Законы первой категоріи обязательны для однихъ подданныхъ, законы второй абсолютно территоріальны, такъ что въ сферѣ ихъ дѣйствія иностранецъ никогда не можетъ добиться признанія права, основаннаго на отмѣненномъ ими юридическомъ институтѣ (I, § 258).

Констатируемъ прежде всего, что обѣ упомянутыя категоріи законовъ публичнаго порядка отрицательнаго свойства. Между тѣмъ, если обратиться къ разрѣшенію авторомъ частныхъ вопросовъ, то оказывается, что онъ признаетъ соціальный интересъ и за многими нормами положительнаго характера. Можно даже сказать, что дѣйствіе положительнаго публичнаго порядка оказывается болѣе разрушительнымъ для національнаго принципа, чѣмъ дѣйствіе нормъ отрицательныхъ.

Приведемъ нѣсколько примѣровъ непослѣдовательности и произвольности разбираемой системы.

Законы, воспрещающіе полигамію и кровосмѣшеніе, объявляются абсолютно территоріальными (II, 537—538); въ то же время обязательность безбрачія для монаховъ зависитъ отъ личнаго закона (II, 535—536). Территоріальный публичный

порядокъ не допускаетъ, чтобы различіе цвѣта кожи служило основаніемъ для признанія брака ничтожнымъ (II, 575); и въ то же время, дѣйствительность браковъ между христіанами и нехристіанами обсуждается по личному закону. (II, 575).

Степени родства, налагающія обязанность давать алименты, не могутъ быть уже границъ территоріальнаго статута, размѣръ же обязанности опредѣляется по національному закону (II, 623—626). Насколько это дѣленіе шатко, видно уже изъ того, что англійскому незаконному ребенку Фіоре даетъ право требовать въ Италіи алиментовъ не въ скудныхъ размѣрахъ англійскаго закона, а сообразуясь съ болѣе либеральнымъ итальянскимъ кодексомъ (II, 746).—Та же идея публичнаго порядка приводитъ автора къ слѣдующимъ рѣшеніямъ: французы и итальянцы должны отвѣчать по искамъ дѣтей объ отчествѣ, предъявленнымъ въ иностранныхъ судахъ (II, 738—739); французскій или итальянскій незаконный ребенокъ можетъ быть признанъ иностраннымъ отцомъ, хотя бы родился отъ прелюбодѣянія (II, 725); эти два рѣшенія довольно неудачно мотивируются полицейскимъ характеромъ иностранныхъ законовъ, не создающихъ правъ состоянія ребенка, а только обезпечивающихъ ему алименты, „согласно закону природы“ (II, 727, 739, 741). Далѣе, нельзя передъ французскими или итальянскими судами оспаривать законность происхожденія иностраннаго ребенка, основывающагося на упражненіи своихъ правъ согласно метрическому свидѣтельству о рожденіи (possession d'état d'enfant légitime conforme à son titre résultant de l'acte de naissance)—статьи 173 и 322 французскаго и итальянскаго кодексовъ, содержащія этотъ способъ доказательства законности происхожденія, считаются авторомъ изданными съ прямою цѣлью защиты соціальнаго права и охраны интересовъ третьихъ лицъ (II, 717).—Всѣ эти рѣшенія получаютъ надлежащее освѣщеніе, если ихъ сопоставить съ основнымъ принципомъ автора, по которому принципіально все семейное право подчиняется національному закону мужа (I, 71).

Такое же всепоглощающее вліяніе территоріальнаго интереса мы наблюдаемъ въ вещномъ правѣ. Авторъ, правда, постоянно повторяетъ, что не всѣ законы, касающіеся вещныхъ правъ, связаны съ политическими принципами и учрежденіями государства (I, 90); что нужно опредѣлить природу закона и выяснить, имѣетъ ли онъ прямою цѣлью публичный или частный интересъ (I, 90, p. 121). Но въ отдѣльныхъ случаяхъ перевѣсъ почти всегда оказывается на сторонѣ lex rei sitae. Такъ, отъ этого закона зависятъ: форма перехода права собственности посредствомъ традиціи или простого согласія (II, 83), образъ упражненія этого права (II, 790), виндицированіе движимостей (II, 818). Отступленія въ пользу личнаго закона совершенно произвольны. Такъ напр., узуфруктъ вообще долженъ обсуждаться по иностранному закону, его установившему (II, 854). Но если узуфруктуарій отдастъ эксплоатируемую имъ недвижимость въ аренду, то вопросъ объ обязательности договора аренды для собственника въ случаѣ смерти узуфруктуарія, считается соціальнымъ, и слѣдовательно обсуждается по территоріальному закону (II, 858).

Нельзя также не отмѣтить, что у Фіоре одинъ и тотъ же институтъ относится то къ личному, то къ территоріальному статуту. Итальянскій публичный порядокъ требуетъ, чтобы браки заключались въ Италіи прежде всего въ гражданской формѣ (II, 530); въ то же время иностранное государство можетъ требовать отъ своихъ подданныхъ соблюденія церковной формы и за границей (II, 528) и не признавать гражданскихъ браковъ. Въ странѣ, не знающей развода, даже подданные страны его допускающей, не добьются расторженія брака (II, 688). Но тамъ, гдѣ территоріальное законодательство признаетъ разводъ, имъ не могутъ воспользоваться граждане государства, отвергающаго этотъ институтъ (II 676). Другими словами, въ первомъ случаѣ разводъ считается относящимся къ территоріальному публичному порядку, въ другомъ—нѣтъ.

Одно изъ различій формулъ Фіоре и Манчини вызвано различными взглядами этихъ писателей на чувствительность

соціальнаго строя. По мнѣнію Фіоре публичный порядокъ страны не нарушается однимъ примѣненіемъ иностраннаго противорѣчащаго закона. Для такого нарушенія требуется, чтобы само юридическое дѣйствіе, которое хотятъ совершить на основаніи иностраннаго закона, было бы противно общественному порядку. Такъ напр., въ государствѣ, отвергающемъ институтъ развода, суды не могутъ разводить и иностранцевъ, но если эти послѣдніе получили разводъ на основаніи своего личнаго закона, они могутъ вступить во второй бракъ даже въ Италіи (II, 688). Нужно однако замѣтить, что въ большинствѣ случаевъ весьма трудно отличить дозволенное послѣдствіе, вытекающее изъ инороднаго института, отъ недопустимаго по нашимъ законамъ дѣйствія. Такъ, Фіоре находитъ, что территоріальный запретъ отыскивать отца связываетъ только туземцевъ (II, 733); между тѣмъ именно здѣсь самый актъ отыскиванія долженъ считаться противнымъ мѣстнымъ добрымъ нравамъ.

На основаніи всего вышесказаннаго, попытку Фіоре конкретнѣе очертить понятіе публичнаго порядка нельзя признать удачною.

III. Послѣдователи новѣйшей итальянской школы во Франціи.

§ 1. Андрэ Вейссъ [1]).

Сочиненіе парижскаго профессора Вейсса основано на комбинаціи итальянской доктрины съ ученіемъ Брошэ о „международномъ публичномъ порядкѣ“. Основнымъ принципомъ выставляется экстерриторіальность или „личность“ права (personnalité du droit). Государство, говоритъ авторъ, прежде всего агрегатъ лицъ; территоріальный суверенитетъ только добавленіе, придатокъ (accessoire) личнаго. Національный законъ имѣетъ справедливое притязаніе на повсемѣстную силу.

---

[1]) André Weiss, Traité élémentaire de Droit International Privé. II Édition 1890, Paris.

И въ этомъ своемъ распространительномъ движеніи онъ останавливается только передъ международнымъ публичнымъ порядкомъ, передъ правиломъ „locus regit actum", или, наконецъ, передъ волею сторонъ (autonomie de la volonté)[1]).

Къ нормамъ международнаго публичнаго порядка (обязательнымъ для иностранцевъ) относится все публичное и уголовное право. Но отъ дальнѣйшаго пополненія этого понятія Вейссъ отказывается, такъ какъ оно постоянно видоизмѣняется по времени и мѣсту. Вопросъ о томъ, имѣетъ ли данная норма абсолютно-территоріальный характеръ, долженъ быть въ каждомъ данномъ случаѣ рѣшенъ судьею, сообразно съ обстоятельствами и не стѣсняясь рамками какого нибудь положительнаго закона[2]).

Правило „locus regit actum" защищается посредствомъ довольно противорѣчивыхъ разсужденій. Съ одной стороны Вейссъ утверждаетъ, что оно вызвано интересами частныхъ лицъ, практическою необходимостью, во имя которой національный суверенитетъ добровольно уступаетъ мѣстному; пользованіе территоріальными формами можетъ быть всегда воспрещено иностранцамъ ихъ правительствомъ, и въ то же время они сохраняютъ право по желанію руководствоваться національнымъ закономъ. Но съ другой стороны правило locus regit actum выводится также изъ различія характерныхъ особенностей жителей разныхъ странъ, сообразно съ которыми законодатели принимаютъ различныя мѣры предосторожности для обезпеченія гражданскаго оборота. Это позволяетъ автору, въ случаѣ если стороны разныхъ національностей, придать правилу абсолютную территоріальную силу (Weiss, l. c. pp. 250—257). Нетрудно однако замѣтить, что если исходить изъ послѣдняго основанія, то національный суверенитетъ всегда долженъ будетъ уступить мѣстному. Наконецъ, авторъ впадаетъ окончательно въ противорѣчіе, утверждая, что законы о формахъ обязательны для иностранцевъ всякій разъ, когда

---

1) Weiss, Traité élémentaire p. 240—245.

2) Weiss, l. c. pp. 245—249.

того требуетъ „публичный международный порядокъ". Такимъ образомъ второе изъятіе изъ національнаго принципа фактически сводится къ первому [1]).

Третье исключеніе изъ принципа національности основано на такъ называемой автономіи воли сторонъ въ обязательственномъ и наслѣдственномъ правѣ (Weiss, l. c. pp. 257—259). Но и самоопредѣленіе частныхъ лицъ ограничивается требованіями публичнаго международнаго порядка (p. 637), и такимъ образомъ центръ тяжести всей системы оказывается передвинутымъ отъ принципа національности къ совершенно противоположному началу.

Вейссъ, какъ мы уже сказали, прямо отказывается отъ точнаго опредѣленія своего „публичнаго международнаго порядка". Было бы поэтому безполезно, извлекать изъ его системы новыя доказательства произвольности итальянской доктрины. Мы должны однако отмѣтить, что авторъ довольно часто проводитъ параллели между положительными и отрицательными нормами публичнаго порядка, и обыкновенно только послѣднія считаетъ обязательными и для иностранцевъ.

Приведемъ примѣры.

Въ странѣ, не признающей развода, онъ въ одинаковой степени недоступенъ туземцамъ и иностранцамъ (p. 535); но законъ, разрѣшающій разводъ, не относится къ международному публичному порядку и нѣтъ никакого основанія примѣнять его къ брачнымъ отношеніямъ иностранцевъ, вопреки ихъ личному статуту (p. 539).

Прусскій законъ не даетъ несовершеннолѣтнему законной ипотеки въ имѣніи опекуна; такой ипотеки не будетъ имѣть въ Пруссіи и французскій несовершеннолѣтній, и это во имя государственнаго кредита и интереса. Но въ обратномъ случаѣ оказывается, что французскій законъ, признающій упомянутую ипотеку, не обезпечиваетъ прусскаго несовершеннолѣтняго, опекунъ котораго имѣетъ помѣстіе во Франціи; публичный

---

[1]) Weiss, p. 256.

порядокъ этой страны, по мнѣнію автора, нисколько не затронутъ умаленіемъ правъ иностраннаго опекаемаго (р. 418—419).

Незаконныя дѣти могутъ отыскивать своихъ отцовъ лишь въ случаѣ, когда національные законы и тѣхъ и другихъ санкціонируютъ это право. Это вопросъ дѣеспособности, говоритъ авторъ (р. 555). Но съ другой стороны личный статутъ уступаетъ территоріальному, запрещающему отыскиваніе во имя огражденія добрыхъ нравовъ (р. 556).

Точно также, въ принципѣ, дѣйствительность усыновленія зависитъ отъ личнаго статута усыновителя и усыновляемаго. Но въ сферѣ дѣйствія закона, отвергающаго этотъ институтъ, и французъ не будетъ имѣть возможности усыновить своего соотечественника (р. 565—568).

Въ приведенныхъ примѣрахъ положительные эффекты одного и того же юридическаго института опредѣляются по національному закону, а отрицательные по территоріальному. Было бы однако ошибочно думать, что Вейссъ всегда придаетъ международному публичному порядку чисто-отрицательное значеніе. Можно привести рядъ другихъ примѣровъ, въ которыхъ этотъ порядокъ требуетъ не только отверженія иностраннаго закона, но и примѣненіе туземнаго.

Такъ иностранный монахъ, по мнѣнію Вейсса, можетъ вступить въ бракъ во Франціи, хотя бы его національный законъ тому препятствовалъ (р. 450). Иностранный еретикъ, неспособный по національному закону къ наслѣдованію во Франціи, можетъ всетаки быть легатаріемъ (р. 706). Почти всѣ нормы вещнаго права надѣляются принудительною силою по отношенію къ иностранцамъ и т. д. и т. д.

Нѣтъ сомнѣнія, что съ той субьективной точки зрѣнія, на которой стоитъ Вейссъ, раскалываніе юридическаго института на положительную и отрицательную части не можетъ быть оправдано. Если недопущеніе развода, ипотеки въ имѣніи опекаемаго, отыскиванія отца, и усыновленія, составляетъ какъ бы жизненный нервъ страны, ревниво оберегаемый отъ соприкосновенія иностраннаго дозволительнаго закона — то на

какомъ же основанін мы допустимъ перерѣзаніе такого же жизненнаго нерва въ другой странѣ, видящей свое благо не въ уничтоженіи, а въ существованіи упомянутыхъ институтовъ? Законодатели обѣихъ странъ одинаково руководствуются соображеніями общественнаго порядка.

Вейссъ поэтому непослѣдователенъ въ тѣхъ случаяхъ, когда различаетъ положительный и отрицательный публичный порядокъ. Само же по себѣ это различіе имѣетъ глубокое научное значеніе. Но для обоснованія его нужно исходить изъ высшей надгосударственной идеи международнаго общенія. Тогда намъ сразу становится яснымъ, какая большая разница между запрещеніемъ иностранцу совершать какой нибудь актъ, согласный съ его личнымъ закономъ, но противный мѣстному, и между дозволеніемъ ему совершить актъ, противный личному его праву, но допускаемый территоріальнымъ. Въ первомъ случаѣ не создается двойственнаго юридическаго положенія иностранца; въ послѣднемъ, результатомъ мнимой льготы окажется положеніе, при которомъ человѣкъ у насъ будетъ считаться женатымъ, узаконеннымъ или разведеннымъ— а въ отечествѣ холостымъ, незаконнымъ сыномъ или состоящимъ въ супружествѣ. Другими словами положительное дѣйствіе публичнаго порядка должно быть отвергнуто во имя интересовъ не территоріальнаго государства, а всего международнаго общенія.

§ 2. Дюранъ.

(Louis Durand, Essai de Droit International Privé, Paris, 1884).

§ 3. Сюрвиль и Артюисъ.

(Surville et Arthuys. Cours élémentaire de Droit International Privé 1895).

§ 4. Одинэ.

(Audinet. Principes élémentaires du Droit International Privé 1894).

Названные три писателя придерживаются въ своихъ (элементарныхъ) курсахъ итальянской теоріи, Дюранъ формулируетъ свой основной принципъ слѣдующимъ образомъ: „каждый иностранецъ имѣетъ право, и въ то же время обязанъ согласовать свои гражданскія дѣйствія со своимъ національнымъ закономъ. Однако государство, на территоріи котораго совершаются эти акты, управомочено и обязано запрещать или уничтожать ихъ, если они опасны для политическаго благосостоянія и соціальнаго преуспѣянія страны или же для поддержанія публичнаго порядка и добрыхъ нравовъ“ [1]). Сюрвиль и Артюисъ только повторяютъ теорію Вейсса [2]). Зато Одинэ нѣсколько уклоняется въ сторону Савиньи, признавая, что принципъ національности не примѣнимъ къ разрѣшенію столкновенія національныхъ законовъ между собою, и что въ такихъ случаяхъ компетентная норма можетъ быть найдена лишь посредствомъ анализа даннаго юридическаго отношенія [3]).

IV. Итальянская школа въ Бельгіи.

§ 1. **Лоранъ** [4]).

Обширнѣйшее сочиненіе о международномъ частномъ правѣ принадлежитъ плодовитому перу знаменитаго бельгійскаго ученаго Лорана. Оно страдаетъ нѣкоторою безсвязностью изложенія и слишкомъ часто служитъ тенденціознымъ цѣлямъ; извѣстный провиденціализмъ автора также не мало нарушаетъ общее впечатлѣніе. Тѣмъ не менѣе этотъ трудъ во многихъ отношеніяхъ замѣчателенъ и требуетъ обстоятельнаго разбора.

Лоранъ — горячій сторонникъ итальянской школы (Laurent I, §§ 423 — 439). По предвѣчному праву (droit éternel), го-

---

[1]) Durand, l. c. p. 246.
[2]) Surville et Arthuys, pp. 36—40.
[3]) Audinet, l. c. pp. 210—212.
[4]) F. Laurent, Le Droit Civil International, 8 volumes, 1881 — 1882.

ворить онъ, человѣкъ долженъ всюду пользоваться правами, необходимыми для его жизни; а для упорядоченія этого пользованія единственно компетентнымъ является національный законодатель. И націи и ихъ право отъ Бога (II, § 57). Авторъ принимаетъ также второй пунктъ итальянскаго „credo“ — свободу индивидуальной воли въ области договорнаго права (II, § 213). Но за то третье основное положеніе школы — территоріальность законовъ публичнаго порядка, подвергается Лораномъ извѣстной модификаціи. И съ этой именно точки зрѣнія мы должны разобрать трудъ бельгійскаго ученаго, дабы констатировать, что онъ даетъ новаго для уясненія задачъ международнаго частнаго права.

Выраженіе „публичный порядокъ“ (ordre public) кажется Лорану не вполнѣ соотвѣтствующимъ идеѣ, которой оно служитъ. Иногда къ публичному порядку относятъ законы о личныхъ правахъ (état u capacité), главное свойство которыхъ именно экстратерриторіальность (II, § 195). Поэтому авторъ предлагаетъ различать нормы частнаго и соціальнаго права (droit individuel et social).

Лишеніе національнаго закона его эффекта внѣ издавшей его сферы можетъ оправдаться только интересами всего общества, безъ всякаго отношенія къ характеру имущества (II, § 144)[1]). Разграниченіе правъ общества и частныхъ лицъ даетъ государству всѣ необходимыя гарантіи (II, § 186), и нахожденіе криторія такого разграниченія составляетъ основную проблему международнаго частнаго права (II, § 126).

Но гдѣ же этотъ критерій? Немного далѣе авторъ сознается, что собственно говоря, провести точную границу

---

[1]) Ср. также II, § 188: Ce n'est pas la nature des biens qui détermine le statut, c'est l'intérêt social ou l'intérêt privé. Конечно, и законы, касающіеся недвижимостей, имѣютъ часто соціальный интересъ, — напр. законы объ ипотечной системѣ — и въ такомъ случаѣ территоріальны (II, § 144); но за то напр. порядокъ наслѣдованія недвижимостей подчиненъ національному закону наслѣдованія, такъ какъ этотъ порядокъ, за нѣкоторыми исключеніями, не затрагиваетъ интересовъ всего общества (II, § 126).

между законами, касающимися правъ личности и правъ общества, невозможно уже потому, что миссія общества измѣняется вмѣстѣ съ процессомъ цивилизаціи (II, § 206). Въ концѣ концовъ правъ все-таки Вехтеръ, и каждый судья будетъ опредѣлять право своего общества (II, § 190). При этомъ Лоранъ думаетъ, что произволъ судьи устраняется тѣмъ, что онъ долженъ руководствоваться не соціальнымъ интересомъ, а соціальнымъ правомъ. На сколько однако это различіе шатко, видно уже изъ того, что самъ Лоранъ его не выдерживаетъ и весьма часто заявляетъ, что національный законъ не примѣнимъ именно вслѣдствіе противорѣчія интересамъ общества (II, § 144; II, § 52; II, § 174).

Разсуждая послѣдовательно, Лоранъ долженъ былъ бы воздержаться отъ абсолютныхъ рѣшеній вопросовъ международнаго частнаго права. Но авторъ слишкомъ часто забываетъ, что онъ самъ сознался въ субъективности своего дѣленія, и даетъ рядъ формулъ, притязающихъ на объективное значеніе. Въ виду громаднаго авторитета бельгійскаго писателя, будетъ нелишнимъ сдѣлать нѣкоторыя сопоставленія между нормами, относимыми имъ къ droit individuel и къ droit social. Это намъ покажетъ, насколько новое понятіе „права общества“ опредѣленнѣе понятія „публичнаго порядка“.

Способность къ вступленію въ бракъ, въ принципѣ, должно обсуждаться по національному закону (IV, § 216). Существуютъ однако препятствія, которыя безусловно зависятъ отъ территоріальнаго статута (IV, §§ 282 — 287); таково напр. запрещеніе полигамическихъ браковъ (IV, §§ 288 — 293). Но въ другихъ случаяхъ возникаютъ сомнѣнія. Даже такое важное препятствіе, какъ кровосмѣшеніе, не всегда оправдываетъ территоріальность статута: только браки нисходящихъ съ восходящими и боковыхъ родственниковъ въ первой степени безусловно безнравственны (IV, § 295). Далѣе уже начинается сфера субъективной нравственности (L'inceste civil est purement arbitraire) (IV, § 298).

Гражданская форма брака считается существеннымъ его

элементомъ и настолько затрагивающей интересы общества, что она обязательна и для иностранцевъ; мало того, авторъ требуетъ, чтобы даже отечество иностранцевъ не признавало дѣйствительности браковъ, заключенныхъ безъ соблюденія гражданской формы loci actus (IV, §§ 233—238). Церковная же форма брака отнюдь не надѣляется такимъ исключительнымъ характеромъ; хотя авторъ и признаетъ дѣйствительность церковныхъ браковъ, заключенныхъ согласно съ l. loci actus (IV, § 266), все же онъ приводитъ противъ обязательности этой формы соображеніе, что она „нравственно невозможна" для свободомыслящихъ (IV, § 230).

Обязанность алиментировать своихъ близкихъ относится къ личному статуту, когда она возникаетъ между свойственниками (V, § 87) или родственниками по боковой линіи, принадлежащими къ одной національности (V, § 93); но незаконный сынъ иностранца можетъ всегда требовать во Франціи алиментовъ съ признавшаго его отца—это требованіе территоріально ибо основано на самой природѣ (cride la nature, V, § 91).

Движимости подчинены національному закону собственника (VII, § 168). Однако исключенія, дѣлаемыя изъ этого правила во имя права общества, лишаютъ его всякаго значенія. Такъ, всѣ рѣшительно привилегіи кредиторовъ относятся къ области территоріальнаго статута (VII, §§ 184—212), напр. ипотечная привилегія хозяина въ инвентарѣ дома или фермы, такъ какъ ея существованіе обезпечиваетъ интересы земледѣлія и торговли (VII, § 190). Ипотека на движимости невозможна и для иностранныхъ собственниковъ во имя высшаго интереса кредита (II, § 174). Переходъ движимой собственности зависитъ отъ воли и, слѣдовательно, никакъ не можетъ относиться къ реальному статуту (VII, § 217); поэтому французы должны были бы имѣть право пріобрѣтать другъ у друга движимую собственность безъ традиціи даже въ Пруссіи (VII, §§ 222—226); когда однако замѣшаны права третьихъ лицъ, выступаетъ территоріальный законъ, напр. въ вопросѣ о продажѣ одной и той же вещи двумъ лицамъ

(VII, § 226). Правило „en fait de meubles la possession vaut titre“ тоже имѣетъ безусловно территоріальный характеръ (VII, § 221).

Наслѣдованіе, связанное съ семейнымъ правомъ, относится къ личному статуту (VI, § 128). Но и здѣсь соціальному интересу обезпечивается широкое вліяніе, напр. въ вопросѣ о фидеикоммиссарныхъ субституціяхъ въ пользу старшаго сына. Любопытно при этомъ констатировать неувѣренность, съ которой Лоранъ примѣняетъ свой критерій „соціальности“ права. Сначала онъ колеблется, заявляетъ, что субституціи не затрагиваютъ публичнаго порядка (VI, § 155), а затѣмъ признаетъ ихъ абсолютно территоріальный характеръ. Отмѣна субституцій французскимъ законодателемъ знаменуетъ не что иное, какъ возвращеніе „на путь Божій“, съ котораго сошла феодальная аристократія (VI, §§ 320—328). И въ то же время авторъ признается, что семья „основана на общности крови и не имѣетъ ничего общаго съ положеніемъ имущества“ (VI, § 227).

Если, такимъ образомъ, у Лорана личный статутъ теряетъ почти всю свою силу въ виду наличности противорѣчащаго ему территоріальнаго закона, охраняющаго якобы права общества, за то во многихъ другихъ случаяхъ личный законъ столь же произвольно беретъ верхъ надъ реальнымъ. Такъ напр., законы о разводѣ совершенно неожиданно лишаются всякаго территоріальнаго значенія. Въ самомъ дѣлѣ, туземцы не имѣютъ права разводиться за границей вопреки своему національному закону; и съ другой стороны, суды государства, отвергающаго институтъ развода, могутъ разводить иностранцевъ, согласно ихъ личному статуту (V, § 127). Такое рѣшеніе, конечно, совершенно игнорируетъ „соціальное право“. Но еще ярче самопротиворѣчіе Лорана выступаетъ въ вопросѣ о запрещеніи отыскивать отца (recherche de la paternité). Сначала онъ утверждаетъ, что запрещеніе издано для предупрежденія ябедничества и въ интересахъ нравственности, а затѣмъ основываетъ право незаконнаго ребенка

иностранной національности на природѣ и Божескомъ законѣ и позволяетъ этому ребенку отыскивать отца во Франціи по національному закону (V, § 263). Запрещеніе имѣетъ абсолютно территоріальный характеръ лишь относительно дѣтей, родившихся отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія (V, § 267).

Точно также и узаконеніе Лоранъ не рѣшается отнести къ территоріальному статуту; трудно однако отрицать, что и англійскій законъ, не признающій legitimatio per subsequens matrimonium и французскій, ее допускающій, вдохновляются соціальными соображеніями. Но авторъ прямо заявляетъ, что ни одна нація не можетъ признать иностраннаго закона безнравственнымъ, и потому статутъ личенъ (V, § 281). То же разсужденіе повторяется относительно усыновленія. Итальянцы ие могутъ адоптировать другъ друга во Франціи, и наоборотъ, французы имѣютъ эту возможность въ Италіи; авторъ полемизируетъ противъ Фіоре, защищающаго абсолютно территоріальный характеръ запрета усыновленія, во имя нравственности. „Ни одна нація не имѣетъ монополіи нравственности“ торжественно заявляетъ Лоранъ (VI, § 32), что ему, впрочемъ, не мѣшаетъ въ слѣдующемъ же параграфѣ признать территоріальность закона, воспрещающаго усыновленіе священникамъ! (VI, § 33).

Приведенныхъ примѣровъ достаточно для того, чтобы убѣдиться, что теорія Лорана настолько же субъективна, какъ и теорія публичнаго порядка; какъ и итальянцы, авторъ совершенно произвольно наклоняетъ чаши своихъ вѣсовъ въ сторону то личнаго то реальнаго статута. Но весьма любопытно, что Лоранъ, кажется, самъ недалекъ отъ мысли, что онъ строитъ свое зданіе на пескѣ. Это доказывается его частыми противорѣчіями, колебаніями и прорывающимися иногда сознаніемъ, что невозможно дать абсолютныя правила для разграниченія законовъ (напр. V, § 245: On voit qu'il n'y a rien d'absolu en cette matière). Но кромѣ того Лоранъ даетъ намъ и юридическіе доводы противъ своей теоріи. И мнѣ кажется, что въ этомъ его главная заслуга.

Истинное основаніе экстратерриторіальности какого нибудь статута, по общему тезису, — преобладаніе въ немъ частнаго интереса (II, § 145). Если частный интересъ сталкивается съ соціальнымъ, онъ ему, конечно, уступаетъ. Но на практикѣ этой простой схемы оказывается совершенно недостаточно. Авторъ вполнѣ понимаетъ, что соціальный интересъ можетъ требовать не территоріальности, а экстратерриторіальности статута; такъ, права состоянія и семейныя зависятъ отъ личнаго статута, но въ то же время они относятся къ публичному порядку, то-есть, подданные не могутъ имъ дерогировать и за границей [1]). Обязательность той или другой формы завѣщанія зависитъ отъ личнаго закона завѣщателя, который вообще опредѣляетъ, есть-ли завѣщаніе публичный актъ (acte solennel), и въ чемъ сущность этой публичности (VI, § 416). Такъ напр., всѣ три вида французскаго завѣщанія (par acte public, olographe, mystique) требуютъ письменной формы, и словесное завѣщаніе, составленное заграницей, не будетъ признано во Франціи (VI, §§ 403, 411). Съ другой стороны, голландскій законъ требуетъ непремѣнно публичной формы завѣщанія, и голландецъ не можетъ даже во Франціи составить завѣщаніе безъ участія властей (VI, § 419).

Изъ приведенныхъ примѣровъ ясно, что и національный законъ очень часто опирается на соціальный интересъ, и слѣдовательно нѣтъ никакого основанія останавливать его экстратерриторіальное дѣйствіе во имя территоріальнаго соціальнаго интереса. Лоранъ этого впрочемъ и не дѣлаетъ, а наоборотъ высказывается за теорію, не допускающую обхода законовъ за границей (la fraude vicie tout, II, § 239). Но такимъ образомъ мы встрѣчаемся лицомъ къ лицу съ неразрѣшимой задачей: примирить два соціальныхъ интереса, сравнительной цѣнности которыхъ мы не можемъ опредѣлить за отсутствіемъ объективнаго мѣрила. Констатировавъ и въ

[1]) L'état est d'ordre public, de même que la famille.... черезъ пять строкъ: l'état dépend du statut personnel ou national. Jl en est de même pour la famille, II, § 112.

экстратерриторіальныхъ законахъ соціальный элементъ, Лоранъ лучше всего доказалъ несостоятельность своей попытки дать большую устойчивость двухгранному дѣленію итальянской доктрины.

§ 2. Роллэнъ[1]).

Трехтомное сочиненіе Роллэна тоже относится къ итальянской школѣ. Мы не вдадимся поэтому въ подробную оцѣнку этого въ высшей степени неяснаго и самопротиворѣчиваго труда и ограничимся характеристикой воззрѣній Роллэна на публичный порядокъ.

Авторъ различаетъ общій или абсолютный публичный порядокъ (ordre public général absolu) отъ спеціальнаго или относительнаго (I, §§ 121—122). Первый имѣетъ территоріальное, второй — національное значеніе. Конфликты ихъ разрѣшаются самымъ произвольнымъ и даже фантастическимъ образомъ.

Въ нѣкоторыхъ частяхъ своего труда, Роллэнъ видитъ нарушеніе абсолютнаго публичнаго порядка только въ непосредственномъ нарушеніи какого нибудь соціальнаго интереса государства (I, § 146). Иностранные законы, гарантирующіе соціальный интересъ нравственнаго или экономическаго свойства, должны поэтому быть уважены и у насъ, пока они остаются въ сферѣ своей компетенціи (§§ 147—148). Искъ изъ договора о выкупѣ раба, заключеннаго въ рабовладѣльческой странѣ, можетъ быть принятымъ въ нашихъ судахъ (§ 288). Бракъ иностранца, граждански умершаго по отечественному своему закону, не будетъ признанъ и въ Бельгіи (§ 140); турецкія дѣти, родившіяся отъ полигамическаго брака, считаются въ Бельгіи законными (§ 139). Иностранцы могутъ даже вчинять иски изъ карточныхъ долговъ, дѣйствительныхъ по одной lex loci contractus (§ 130). Но на ряду съ такими рѣшеніями мы читаемъ вдругъ, что иностранецъ, граждански умершій по національному закону,

[1]) Alberic Rollin, Principes du Droit International Privé 1897. 3 Volumes.

считается правоспособнымъ въ Бельгіи, хотя бы пребывалъ въ предѣлахъ своего отечества (§ 141). Съ такою же непослѣдовательностью договоры о контрабандѣ у насъ считаются недѣйствительными, хотя бы касались только интересовъ иностраннаго государства (§ 143).

Точно также трудно себѣ уяснить, когда и почему по мысли Роллэна относительный (или національный) публичный порядокъ долженъ брать верхъ надъ территоріальнымъ.

Вопросъ о необходимости для даннаго акта аутентичной формы относится къ національному интересу (§ 190). Поэтому, напр., аутентичность формъ даренія и усыновленія установленная бельгійскимъ закономъ, обязательна для бельгійцевъ и за границей (§§ 200 — 206). Но съ другой стороны, хотя формы брака относятся тоже къ національному публичному порядку, онѣ за границей не обязательны: было бы безнравственно (souverainement immoral) воспретить подданпымъ браки въ формахъ lex loci actus! (§ 196).

Укажемъ затѣмъ, что „revocatio donationis propter prolem supervenientem“ и „revocatio propter ingratitudinem“ относятся къ національному публичному порядку, а „revocatio“, вызванное неисполненіемъ условій даренія — нѣтъ (§§ 302 — 307). Погасительная давность затрогиваетъ интересы всего общества и примѣняется уже на основаніи одной lex fori (§ 338). Наслѣдованіе же подчиняется всегда національному закону покойнаго, и даже размѣръ законной части (réserve) не основанъ „ни на абсолютномъ порядкѣ, ни на экономическомъ интересѣ“ (§§ 478, 480).

На нашъ взглядъ этихъ примѣровъ вполнѣ достаточно для заключенія, что Роллэнъ не пролилъ новаго свѣта ни на самыя понятія національнаго и территоріальнаго публичнаго порядка, ни на ихъ соотношеніе [1]).

---

[1]) Трудъ Роллэна нашелъ себѣ суровую, но вполнѣ справедливую оцѣнку въ статьѣ нашего соотечественника А. А. Пиленко (см. Ж. Ю. О. за 1897 г., Май, стр. 20 — 30).

V. Критика новѣйшей итальянской теоріи.

Выставляя основнымъ принципомъ своей системы идею національности, итальянская теорія, по справедливому замѣчанію Бара (Bar, I, p. 93), впадаетъ въ дилемму: ей приходится или отрицать весь современный международный строй, или же отождествить совершенно неравнозначащія понятія національности и подданства.

Идеаломъ совершеннаго государства для Манчини является только объединенная нація. Ни онъ, ни его послѣдователи не могли, конечно, отрицать юридическаго характера существующихъ государствъ другого типа. Но находясь подъ извѣстными политическими вліяніями, они стали принимать желаемое за данное и оперировать съ терминомъ національность, какъ синонимомъ государства. Отсюда, конечно, большія недоразумѣнія.

Очевидно, что къ государствамъ съ разноплеменнымъ населеніемъ, какъ то: Россіи, Англіи, Швейцаріи, никакъ не примѣнимо положеніе, что законы отражаютъ расовыя особенности. Да и въ болѣе однородныхъ государствахъ законы издаются весьма часто подъ вліяніемъ политическихъ соображеній, не имѣющихъ ничего общаго съ „естественными условіями развитія личности". Можетъ даже случиться, что иностранный законъ гораздо болѣе соотвѣтствуетъ воззрѣніямъ даннаго индивида, чѣмъ его національный [1]). Если къ этому прибавить перемѣны, ежедневно производящіяся въ составѣ населенія каждаго государства путемъ натурализаціи и экспатріаціи, то слабость связи между національнымъ закономъ и индивидуальными наклонностями очевидна. Принципъ національности теряетъ, такимъ образомъ, тотъ метафизическій, естественный ореолъ, въ которомъ онъ предсталъ глазамъ Манчини. Онъ можетъ сохранить свое значеніе въ извѣстныхъ случаяхъ, но долженъ тогда искать опоры въ высшихъ интересахъ международнаго общенія.

Нужно замѣтить, что итальянская школа не разрѣшила

---

[1]) Fusinato у Bar'а I, p. 93.

очень любопытнаго вопроса, весьма законнаго однако при ея системѣ. Ученики Манчини ограничиваютъ частныя права индивидовъ, опредѣляемыя по ихъ національнымъ законамъ, требованіями публичнаго порядка. Но какъ быть, когда частное право одного индивида сталкивается съ такимъ же однороднымъ правомъ другого? Напр., законъ усыновителя дозволяетъ усыновленіе, а законъ усыновляемаго запрещаетъ? Законъ отца прекращаетъ отеческую власть въ другой моментъ, чѣмъ законъ сына? Съ итальянской точки зрѣнія нѣтъ никакого основанія жертвовать одинаково священными правами того или другого гражданина. Конфликтъ неразрѣшимъ, если не объявить совершенно произвольно тотъ или другой законъ нормой публичнаго порядка.

Въ той области, гдѣ недостаточность національнаго принципа особенно очевидна, въ обязательственномъ правѣ, итальянская школа выдвигаетъ второй принципъ — свободу воли сторонъ. Трудно себѣ представить болѣе мѣткую и вѣрную критику этого начала, чѣмъ ту, которую находимъ у Бара [1]). Прежде чѣмъ справляться о томъ, чего хотятъ стороны, необходимо выяснить границы, въ которыхъ индивидуальная воля можетъ свободно проявляться. Эти границы опредѣляются территоріальнымъ правомъ, которое признается вообще компетентнымъ для обсужденія даннаго договора [2]). Если признать частную волю суверенной, то пришлось бы признать дѣйствительность самыхъ произвольныхъ стипуляцій, напр. подчиняющихъ договоръ, заключенный туземцами въ отечествѣ и тутъ же подлежащій исполненію, какому нибудь иностранному закону; это было бы ничѣмъ не оправдываемое умаленіе правъ компетентнаго государства. Стороны могутъ только своими конклюдентными дѣйствіями опредѣлять право, которому будетъ подчиненъ договоръ. Мнимая свобода воли сто-

[1]) Bar I, pp. 94 — 95 и II, pp. 3 — 6.

[2]) Cp. Bar II, p. 4: Bevor wir also dem Parteiwillen sein Recht lassens müssen wir wissen, welchem territorialen Rechte wir die Schranken diese, Parteiwillens zu entnehmen haben.

ронъ основана на томъ простомъ обстоятельствѣ, что компетентное на основаніи „общихъ объективныхъ разумныхъ соображеній“ (allgemeinen objectiven vernünftigen Erwägungen) законодательство часто оставляетъ усмотрѣнію сторонъ широкій просторъ. Не слѣдуетъ только забывать, что это усмотрѣніе не коренится въ индивидуальномъ произволѣ.

Трудно опровергнуть эти справедливыя слова знаменитаго германскаго ученаго. Субъектами международнаго права являются государства, а не частныя лица, и принципъ свободы воли внесъ бы въ международную жизнь двойственность, разрушительное дѣйствіе которой не нуждается въ комментаріяхъ. Итальянская школа не могла этого не чувствовать, но она вообразила, что съ помощью предохранительнаго клапана „публичнаго порядка“ ей удастся предотвратить всѣ неудобныя послѣдствія, вытекающія изъ ея двухъ первыхъ основныхъ принциповъ. Мы видѣли, насколько эти попытки были неуспѣшны.

Приведенные нами примѣры изъ сочиненій корифеевъ итальянской школы наглядно обнаруживаютъ всю гибкость понятія публичнаго порядка. У каждаго автора подъ это понятіе подводятся тѣ или другіе институты, соотвѣтственно его личнымъ воззрѣніямъ. Критеріи „публичнаго порядка“, „соціальнаго права“, „экономическаго блага“, „общественной нравственности“ и т. п. являются ярлыками, наклеиваемыми съ удобствомъ на любую норму частнаго права. Старанія же конкретнѣе очертить эти критеріи должны быть признаны неудачными.

Однимъ изъ типовъ законовъ публичнаго порядка, по Фіоре, являются нормы совершенно отмѣняющія какой нибудь юридическій институтъ. Цѣлесообразность введенія этой категоріи, подобную которой мы находимъ и у Савиньи, очень удачно опровергается Баромъ (I, p. 91). Въ данномъ случаѣ возможны двоякаго рода недоразумѣнія: непризнаваемый нами институтъ можетъ въ другомъ государствѣ носить другое названіе, и руководствуясь этимъ послѣднимъ, мы должны будемъ признать его; съ другой стороны, мы легко можемъ отказать

въ признаніи иностранному институту, по существу тождественному съ нашимъ, но носящему кличку, у насъ отвергаемую. Нельзя не согласиться, что при обсужденіи такихъ вопросовъ исходить изъ названія иностраннаго института было бы въ высшей степени поверхностно. Если же ставить условіемъ признанія иностраннаго института его внутреннее соотвѣтствіе аналогичному туземному, придется, пожалуй, отвергнуть всѣ рѣшительно иностранные институты, за отсутствіемъ полнаго соотвѣтствія. Бракъ, усыновленіе, наслѣдованіе и т. д. въ каждомъ государствѣ кромѣ общихъ представляютъ легко и специальные признаки. Неужели отсутствіе или присутствіе любого изъ этихъ признаковъ должно повлечь за собою непризнаніе цѣлаго института, какъ намъ неизвѣстнаго? Очевидно предлагаемый критерій законовъ публичнаго порядка не способенъ придать имъ болѣе прочный фундаментъ.

Другой пріемъ, долженствующій придать понятію ordre public научность, состоитъ въ томъ, что мы позволили себѣ назвать раскалываніемъ на двое юридическаго института. Пріемъ этотъ практикуется въ особенности Вейссомъ. Состоитъ онъ, какъ мы видѣли, въ томъ, что только отрицаніе какого нибудь права, напр. права на разводъ, считается входящимъ въ публичный порядокъ. Если же государство признаетъ это право, оно его всетаки не даруетъ иностранцамъ, національный законъ которыхъ стоитъ на отрицательной точкѣ зрѣнія. Мы уже замѣтили, что такое различеніе совершенно нелогично съ точки зрѣнія итальянской школы, опредѣляющей публичный порядокъ съ территоріальной точки зрѣнія.

Наконецъ мы встрѣчаемъ (у Фіоре) указаніе, что публичный порядокъ нарушается не самимъ иностраннымъ закономъ, ему противорѣчащимъ, а дѣйствіями, которыя хотятъ совершить именемъ этого закона на нашей территоріи. Мы вернемся къ этому опредѣленію, такъ какъ оно принято Баромъ. Замѣтимъ однако уже теперь, что Фіоре не удалось провести различіе между дозволенными послѣдствіями, вытекающими изъ иностраннаго закона и недозволенными дѣй-

ствіями, совершаемыми на его основаніи. Такое разграниченіе намъ кажется едва ли удобопроводимымъ.

Произвольность понятія публичнаго порядка иногда настолько очевидна, что нѣкоторые писатели — Вейссъ, Лоранъ — даже прямо предоставляютъ его опредѣленіе усмотрѣнію судьи. Очевидно, что всѣ ихъ дальнѣйшія разсужденія становятся въ такомъ случаѣ совершенно излишними.

Разъ субъективность понятія публичнаго порядка доказана, все зданіе итальянской теоріи рушится само собою. Она даетъ намъ чисто механическое дѣленіе законовъ на два класса — національные и территоріальные. За отсутствіемъ общаго соглашенія и разграниченія этихъ классовъ, столкновенія между различными государствами неизбѣжны. Мы должны здѣсь повторить не разъ уже сдѣланное замѣчаніе о совпаденіи двухъ извѣстныхъ теорій „ordre public" и „in fraudem legis", совпаденіе, которое особенно ярко выступаетъ у Майлье-де-Шасса и у Лорана. Во многихъ случаяхъ государства относятъ самое соблюденіе національныхъ законовъ за границей къ публичному порядку, и въ такихъ случаяхъ единственнымъ выходомъ является принятіе того воззрѣнія на публичный порядокъ, котораго придерживается lex fori.

Новѣйшая итальянская теорія страдаетъ, слѣдовательно, тѣмъ же основнымъ недостаткомъ, что и всѣ предыдущія — отсутствіемъ объективнаго международнаго базиса.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Идея международнаго общенія.

§ 1. Шеффнеръ [1]).

Доктрина Шеффнера стоитъ какъ бы на рубежѣ между ученіями Вехтера и Савиньи. Вехтеръ провозглашаетъ основной формальный принципъ, но въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ

---

[1]) **Schaeffner**, Entwikelung des internationalen Privatrechts, 1841.

старается подыскать рѣшеніе наиболѣе соотвѣтствующее „природѣ вещей“, хотя и не употребляетъ этого термина [1]). Шеффнеръ рѣшительно высказывается противъ господства закона суда въ сомнительныхъ случаяхъ [2]) и выставляетъ высшій **матеріальный** принципъ. На провѣрку однако оказывается, что и этотъ принципъ оказывается чисто формальнаго свойства и примѣнимъ къ частнымъ вопросамъ, разрѣшаемымъ самостоятельно.

Главная задача теоретика, говоритъ Шеффнеръ, констатированіе твердой международной практики (Schaeffner, § 21). Если это невозможно, то нужно сообразоваться съ одной природой вещей (Natur der Sache), а этой послѣдней соотвѣтствуетъ слѣдующій основной принципъ: „Каждое юридическое отношеніе должно обсуждаться по законамъ мѣста своего зарожденія“ (§ 32).

Но въ дальнѣйшемъ изложеніи этотъ принципъ обосновываетъ только подчиненіе формы актовъ закону мѣста совершенія. Здѣсь авторъ даже склоняется въ пользу мнѣнія, что само отечество не должно признавать актовъ, совершенныхъ туземцами за границей въ формахъ l. domicilii (§ 83); закону же мѣста совершенія онъ подчиняетъ даже формы брака, заключеннаго въ обходъ велѣній туземной власти (§ 101).

Однако, во всѣхъ другихъ случаяхъ, зарожденіе спорнаго отношенія въ данномъ мѣстѣ является не основаніемъ извѣстнаго рѣшенія, а послѣдствіемъ, изъ него вытекающимъ. Такъ личныя права (Status und Rechtsfähigkeit) должны обсуждаться по l. domicilii, такъ какъ законы не могутъ имѣть цѣлью, чтобы эти права зарождались на основаніи одного факта пребыванія сторонъ въ территоріи. Принятіе другого правила было бы противно природѣ вещей и имѣло бы нестерпимыя послѣдствія на практикѣ. Поэтому личныя права могутъ зарождаться только тамъ, гдѣ лицо имѣетъ постоянное мѣстожительство (Schaeffner, l. c. §§ 32—33).

---

[1]) Это подмѣчено уже **Баромъ** (Bar, I, 76).

[2]) **Schaeffner**, l. c. §§ 24—29.

Правило „mobilio personam sequuntur“, признаваемое авторомъ, мотивируется слѣдующимъ образомъ. Движимости составляютъ извѣстную имущественную единицу (Mobilieneinheit), отношенія которой къ лицу могутъ считаться зарожденными только въ мѣстѣ его постояннаго жительства (§ 66). Это, конечно, голословное утвержденіе.

Брачное имущественное право подчиняется Шеффнеромъ не закону мѣста заключенія брака, какъ бы слѣдовало ожидать по его теоріи (§ 106), а закону мѣстожительства мужа. Цѣль этого закона, защита супруговъ отъ злоупотребленій той или другой стороны, выставляется основаніемъ неизмѣнчивости брачнаго режима при перемѣнѣ мѣстожительства (§ 114).

Права ребенка па узаконеніе считаются возникшими въ странѣ его рожденія (§ 37). На это Баръ [1]) совершенно основательно возражаетъ, что въ моментъ рожденія между отцомъ и незаконнымъ ребенкомъ не существуетъ никакихъ юридическихъ отношеній.

Недвижимости подчинены закону мѣстонахожденія просто потому, чтъ это согласно съ „природой вещей“ (§ 59). Теорія, подчиняющая наслѣдованіе недвижимостей l. rei sitae, кажется автору самой „естественной“ (§ 132). Право завѣщать обсуждается по l. domicilii; это выводится только изъ „духа новѣйшей международной практики“ (§ 138); другого основанія не приводится и для правила, по которому форма завѣщанія обсуждается по l. loci actus даже относительно недвижимостей (§ 143), хотя здѣсь, кажется, оставалось только примѣнить уже доказанное прабило о формахъ актовъ.

Такимъ образомъ, Шеффнеръ исходитъ то изъ цѣлей закона, то изъ требованій международной жизни, то изъ представленія о естественномъ „порядкѣ вещей“. Подчинивъ какое нибудь отношеніе извѣстному закону, онъ уже a posteriori заключаетъ, что оно „зародилось“ въ его территоріальной сферѣ. Но въ такомъ пониманіи „принципъ“ Шеффнера ока-

---

[1]) Theorie und Praxis, I, p. 68.

зывается лишеннымъ всякаго матеріальнаго содержанія. Мы не считаемъ поэтому возможнымъ считать Шеффнера представителемъ особенной школы, какъ это дѣлаетъ напр. профессоръ Ф. Ф. Мартенсъ [1]). На нашъ взглядъ авторъ является предшественникомъ великаго Савиньи.

§ 2. Савиньи.

Громадная заслуга Савиньи въ области нашей науки заключается въ томъ, что онъ отвернулся отъ принципа территоріальности и выставилъ своимъ отправнымъ пунктомъ идею международнаго общенія. Но знаменитый ученый, къ сожалѣнію, не всегда остается вѣрнымъ этой великой идеѣ. Съ одной стороны, онъ дѣлаетъ еще слишкомъ большія уступки территоріальному принципу, создавая довольно произвольный классъ запретительныхъ законовъ. Съ другой, идея международнаго общенія при разработкѣ частностей отождествляется съ метафизическимъ принципомъ природы вещей [2]).

Иностранное право, говоритъ Савиньи (VIII, p. 28), примѣняется, конечно, съ добровольнаго согласія (freundliche Zulassung) территоріальной власти, но это согласіе не актъ милости, а результатъ все болѣе развивающагося правосознанія. Вопреки мнѣнію Вехтера, судья не имѣетъ никакого основанія предполагать, что въ сомнительныхъ случаяхъ законодатель желаетъ примѣненія туземнаго закона, такъ какъ интересы международнаго общенія все болѣе совпадаютъ съ интересами отдѣльныхъ государствъ.—И однако эти послѣдніе интересы получаютъ въ системѣ Савиньи „усиленную охрану“, свидѣтельствующую о нѣкоторой неувѣренности въ упомянутомъ совпаденіи. Иностранный законъ не получаетъ примѣненія, если онъ 1) или принудительнаго характера, или 2) установляетъ институтъ, вообще не признаваемый территоріальнымъ законодательствомъ. Насколько неопредѣленна

[1]) II, p. 296.

[2]) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, VIII. Berlin, 1849, pp. 27—29.

вторая группа, мы уже видѣли при разборѣ подобной же конструкціи Фіоре [1]). Къ первой группѣ Савиньи относитъ законы, основанные на нравственныхъ мотивахъ (напр. обязательность моногаміи), или на соображеніяхъ общественнаго блага (öffentlichen Wohls), какъ напр. законы о евреяхъ. Нельзя не признать крайней растяжимости и этой группы. Но авторъ еще добавляетъ, что внутреннее содержаніе обѣихъ категорій зависитъ отъ намѣренія законодателя (Savigny, System VIII, pp. 33—36), и этимъ колеблетъ международную основу всей системы.

Методъ Савиньи заключается въ отысканіи для каждаго юридическаго отношенія той правовой сферы, которой это отношеніе принадлежитъ по самой своей природѣ (Seiner eigenthümlichen Natur nach, VIII, p. 28). Въ другомъ мѣстѣ авторъ говоритъ, что каждое юридическое отношеніе должно быть подвергнуто тщательному анализу, для того чтобы обнажить его корни (den Sitz des Rechtsverhältnishes, p. 118). Методъ самъ по себѣ, конечно, единственно вѣрный, потому что нельзя дать общей формулы, обнимающей все безконечное разнообразіе частныхъ международныхъ отношеній. Но всетаки необходимо никогда не упускать изъ виду руководящей идеи, указывающей направленіе, въ которомъ должна совершаться разработка деталей. Идея международнаго общенія, выставленная авторомъ въ началѣ, указываетъ на исключеніе узкихъ національныхъ тенденцій. Принципъ же „природы вещей", которымъ руководствуется Савиньи при разрѣшеніи частныхъ случаевъ, слишкомъ отзывается естественнымъ правомъ, чтобы не превратиться въ удобное орудіе субъективныхъ воззрѣній. Природа вещей сливается съ цѣлями даннаго территоріальнаго законодательства. Мало того, „естественнымъ" оказывается рѣшеніе, основанное на предполагаемой волѣ сторонъ.

На это послѣднее любопытное обстоятельство критикой обращено слишкомъ мало вниманія. Сгруппируемъ, поэтому, всѣ относящіяся сюда рѣшенія.

---

[1]) См. противъ Савиньи также Niemeyer, Vorschläge p. 64—67.

Личныя права должны обсуждаться по l. domicilii (pp. 135—141). Нельзя предполагать, чтобы дѣеспособный по закону мѣстожительства хотѣлъ подчиниться закону мѣста заключенія сдѣлки, по которому она будетъ недѣйствительной (p. 139). На томъ же добровольномъ подчиненіи (freiwillige Unterwerfung, p. 169) основано подчиненіе вещей закону мѣстонахожденія (p. 169). Въ данномъ случаѣ нераціонально различать движимости и недвижимости (p. 176—177); слѣдуетъ только выдѣлить особенный классъ движимыхъ вещей, относительно которыхъ примѣненіе l. rei sitae невозможно: это вещи, находящіяся въ пути, которыя обыкновенно считаются находящимися въ мѣстѣ жительства собственника (p. 178—179).

Особенное значеніе воля сторонъ получаетъ въ обязательственномъ правѣ. Рѣшающимъ является здѣсь законъ мѣста исполненія (p. 208), которое или прямо назначается сторонами или выводится изъ ихъ конклюдентныхъ дѣйствій (p. 203). Такъ для лицъ, обязавшихся къ продолжительному дѣйствію (опека, мандатъ), locus solutionis находится въ мѣстѣ ихъ дѣятельности (p. 216—219). Путешественникъ, вошедшій въ долги для своего пропитанія, предполагается подчинившимся l. loci contractus (p. 221—223). Въ другихъ случаяхъ нужно сообразоваться съ закономъ мѣстожительства должника (p. 223—226).

Институтъ наслѣдованія есть не что иное, какъ искусственное продленіе воли человѣка за предѣлы его жизни. Эта воля—выраженная въ завѣщаніи или предполагаемая въ наслѣдованіи по закону—считается совпадающей съ закономъ мѣстожительства лица (p. 295 и 303). Брачное отношеніе коренится въ мѣстѣ жительства мужа (p. 325). Супруги считаются молча подчинившимися этому закону на все время брака и для всего своего имущества (p. 328—330).

Какъ видно, тенденція обусловить свои рѣшенія „молчаливымъ подчиненіемъ“ сторонъ несомнѣнно существуетъ у Савиньи. Мы уже не разъ встрѣчались въ нашихъ очеркахъ съ этимъ совершенно неправильнымъ пріемомъ. И Савиньи

не можетъ послѣдовательно пользоваться имъ. Такъ подчиненіе недѣеспособности l. domicilii онъ оправдываетъ необходимостью предупредить обходъ законовъ за границей (p. 139). Противъ подчиненія наслѣдованія l. rei sitae онъ приводитъ римскую идею единства, какъ согласную съ природой отношенія (p. 297 — 8) и невозможность найти для имѣнія, какъ идеальнаго цѣлаго, мѣстонахожденія (situs, p. 296). L. rei sitae можетъ быть принята во вниманіе, когда законъ преслѣдуетъ политическія цѣли, напр. установляетъ особое дворянское или крестьянское наслѣдованіе земель (p. 306—308). Неизмѣнчивость имущественныхъ отношеній супруговъ основана не только на ихъ добровольномъ подчиненіи закону перваго домициля мужа, но и на цѣляхъ этого закона (p. 333); за то даренія между супругами всегда подчинены закону настоящаго мѣстожительства, такъ какъ здѣсь имѣется случай принудительнаго закона, опирающагося на нравственные мотивы (p. 335). Недвижимости могутъ отчуждаться съ соблюденіемъ формъ закона опеки, такъ какъ эти формы установлены не въ интересахъ земли, а опекаемаго (p. 344—346). Наконецъ, правило locus regit actum основано просто на обычномъ правѣ (p. 348—351).

Почти всѣ эти рѣшенія основаны на цѣляхъ отдѣльныхъ территоріальныхъ законодательствъ. Такимъ образомъ, Савиньи, такъ отчетливо выяснившій необходимость объективной точки зрѣнія, въ концѣ концовъ самъ подпадаетъ субъективному методу.

Любопытно выяснить отношеніе доктрины знаменитаго ученаго къ теоріи статутовъ. Всю французскую школу можно резюмировать какъ неудачную попытку найти объективный базисъ для разрѣшенія столкновенія законовъ. Савиньи, съ такимъ мастерствомъ выяснившій слабыя стороны этого ученія, принялъ вѣрную мысль, лежащую въ его основѣ: необходимость искать опоры въ высшей надгосударственной идеѣ. Что же касается итальянской школы статутовъ, то въ отноше-

ніяхъ къ ней германскій ученый не обнаружилъ той же самостоятельности. Заимствовавъ у нея методъ спеціальнаго анализа каждаго юридическаго отношенія, онъ невольно проникся идеями естественной справедливости, которыя для школы Бартола замѣняли чувство международной солидарности, и которыя слишкомъ часто совпадали съ цѣлями даннаго территоріальнаго законодательства.

Прежде чѣмъ перейти къ дальнѣйшему развитію доктрины Савиньи, укажемъ на германскихъ романистовъ и цивилистовъ, принявшихъ его основную идею. Такъ Виндшейдъ [1]) высказывается противъ принципіальнаго исключенія иностраннаго права и исходитъ изъ начала „высшаго общенія“ (höhere Gemeinschaft). Безелеръ [2]) основываетъ международное частное право на фактѣ признанія государствами другъ друга членами правового общенія. Теорію Савиньи принимаютъ также Ротъ [3]), Вальтеръ [4]), Герберъ [5]) и др. Вообще, это ученіе господствуетъ въ Германіи.

Слѣдуетъ однако отмѣтить какъ исключеніе мѣткія критическія замѣчанія Бринца [6]). Бринцъ находитъ, что Савиньи не вполнѣ освободился отъ территоріальнаго принципа (vom Territorialgedanken), и что его формула касательно „Sitz des Rechtsverhältnisses“ совершенно произвольна. Нужно основываться на мысли международнаго права (Gedanken des Völkerrechts), которая проникаетъ въ жизнь посредствомъ все большаго уравненія правъ туземцевъ и иностранцевъ. Эти справедливыя замѣчанія находятся въ прямой противоположности съ воззрѣніями Отто Штоббе [7]). Этотъ послѣдній признаетъ, что справедливость и международныя сношенія (въ скобкахъ: Comitas gentium!) приводятъ къ установленію однообразной доктрины междуна-

---

1) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, 6 Auflage § 34.
2) Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts 1847, I, § 38.
3) Roth, System des deutschen Privatrechts, 1880, I, p. 283.
4) Walter, Deutsches Privatrecht, §§ 140 и сл.
5) Gerber, Deutsches Privatrecht, § 32.
6) Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1873, § 23.
7) Otto Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts 1893, Band I, § 29.

роднаго частнаго права. Но онъ категорически утверждаетъ, что начала этой доктрины не что иное, какъ нормы отдѣльныхъ государствъ.

§ 3. Баръ.

Неудобства, связанныя съ примѣненіемъ принципа природы вещей къ разрѣшенію отдѣльныхъ вопросовъ международнаго частнаго права, съ особенною рельефностью выступаютъ въ монументальномъ сочиненіи Бара [1]).

Съ первыхъ же строкъ своего труда авторъ возстаетъ противъ мнѣнія, считающаго международное частное право составною частью государственнаго права отдѣльныхъ странъ. Государство можетъ, конечно, издать какіе угодно законы; но дѣйствіе этихъ послѣднихъ на юридическія отношенія, затрогивающія такъ или иначе иностранные интересы, ускользаетъ отъ компетенціи туземнаго законодателя. Компетенція различныхъ законодательствъ можетъ быть опредѣлена только международнымъ частнымъ правомъ при помощи принципа природы вещей (Natur der Sache); а этотъ принципъ велитъ сообразоваться съ потребностями упорядоченнаго международнаго общенія и уважать равноцѣнный суверенитетъ всѣхъ государствъ (Bar I, pp. 3—6). Отступленія государствъ отъ прицmisсипа природы вещей, черпающаго свою силу въ одной своей разумности (innere Vernunftmässigkeit), конечно, возможны, но составляютъ уже правонарушенія (I, 106).

При разрѣшеніи вопросовъ международнаго частнаго права нужно исходить только изъ безспорныхъ фактовъ, вытекающихъ изъ признанія иностранныхъ государствъ. Такими фактами являются: 1) пребываніе лица въ извѣстной территоріи, 2) нахожденіе на ней вещи, 3) фактъ подданства и 4) мѣсто процесса (I. 107). Теорія Савиньи, ищущая корней правоотношенія, приводитъ къ безъисходному кругу. Она, кромѣ того, невѣрна и потому, что каждое юридическое отношеніе

[1]) L. v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Hannover 1889, 2 Bände.

коренится обыкновенно въ нѣсколькихъ территоріальныхъ законодательствахъ. Справедливость требуетъ, чтобы послѣдовательныя вліянія различныхъ государствъ на лица или вещи, находившіяся въ ихъ предѣлахъ, были признаны повсюду (I, 110—113); главное значеніе получаетъ, однако, послѣднее вліяніе, т. е. вліяніе закона судьи, такъ какъ вопросъ о существованіи права въ настоящемъ можетъ быть рѣшенъ лишь на основаніи послѣдняго фактическаго подчиненія тому или другому правопорядку (I, p. 111).

Таковы общіе принципы Бара. Судя по нимъ, слѣдовало бы ожидать, что авторъ при разрѣшеніи частныхъ вопросовъ нашей науки будетъ всегда исходить изъ идеи международнаго общенія. Внимательное изученіе замѣчательнаго труда Бара обнаруживаетъ намъ однако значительную его непослѣдовательность. Вмѣсто того чтобы считать согласнымъ съ „природой вещей“ рѣшеніе, наиболѣе гармонирующее съ идеей международнаго общенія, авторъ весьма часто исходитъ изъ цѣлей даннаго территоріальнаго законодательства. Если эти цѣли не противорѣчатъ цѣлямъ другого закона, то вопросъ рѣшается, конечно, удовлетворительно;—но тутъ вѣдь и нѣтъ никакого столкновенія законовъ. Въ случаѣ же такого столкновенія сказывается вся несостоятельность субъективнаго метода Бара.

Способность вступить въ бракъ по Бару находится подъ вліяніемъ трехъ законовъ: страны, гдѣ заключается бракъ, отечества жениха, и родины невѣсты. Государство, гдѣ заключается брачный союзъ, нисколько не заинтересовано въ бракахъ иностранцевъ, и можетъ воспротивиться имъ лишь тогда, когда нарушаются его публичный порядокъ или общественная нравственность (при бракахъ малолѣтнихъ, брата и сестры; полигаміи) (Bar I, 449). Но какъ быть, когда національные законы жениха и невѣсты расходятся? Тогда препятствія къ браку, основанныя на соображеніяхъ семейнаго или государственнаго характера, должны обсуждаться по закону мужа: вѣдь новая семья войдетъ въ его отечество. Сюда относятся

напр. запрещенія брака въ извѣстныхъ степеняхъ родства или между послѣдователями различныхъ религій. Другія препятствія созданы съ цѣлью защиты самой личности; поэтому такія условія, какъ извѣстный возрастъ невѣсты, отсутствіе принужденія или ошибки и т. под. должны опредѣляться по національному закону невѣсты (Bar, I, p. 452).

Дѣйствительность узаконенія принципіально должна была бы обсуждаться по личному закону какъ отца, такъ и ребенка. Но такъ какъ узаконеніе затрудняется въ интересахъ отца, то нѣтъ основанія принимать во вниманіе ограничительныя постановленія личнаго статута ребенка. Ребенокъ переходитъ вѣдь въ государство отца (I, p. 538). То же разсужденіе повторяется при опредѣленіи закона, которому подчинено усыновленіе (I, 547 — 550).

Въ основаніи запрещенія дареній между супругами лежитъ идея нравственной чистоты брака, а поддержаніе этой чистоты, конечно, дѣло отечества супруговъ. Поэтому даже запретъ дареній недвижимостей долженъ быть основанъ исключительно на національномъ законѣ супруговъ (I, pp. 521—523).

Опека не имѣетъ политическаго характера и учреждается исключительно въ интересахъ опекаемаго; поэтому она подчинена національному закону этого послѣдняго (I, p. 564). Противоположное мнѣніе, господствующее въ англійской практикѣ, не что иное, какъ переживаніе древнегерманскаго взгляда на опеку, какъ на ленный институтъ (Bar I, 570).

Въ приведенныхъ примѣрахъ цѣль даннаго государства вполнѣ сливается съ цѣлями международнаго общенія, такъ какъ ея повсемѣстное осуществленіе предполагается не нарушающимъ ничьихъ интересовъ. Переходимъ теперь къ случаямъ, когда разумная цѣль одного субъекта международнаго права сталкивается съ такою же цѣлью другого государства. Здѣсь Баръ иногда колеблется между осуществленіемъ цѣлей отдѣльныхъ государствъ и интересами международнаго общенія. Такъ напр. онъ различно опредѣляетъ международное значеніе національныхъ законовъ о дѣеспо-

собности и о недѣеспособности. Первые надѣляются экстратерриторіальной силой (I, 392 — 393). Распространительная же сила законовъ о недѣеспособности должна быть ограничена во имя интересовъ третьихъ лицъ. Авторъ высказывается за принципъ, принятый новѣйшей французской юриспруденціей: иностранецъ можетъ сослаться на національный законъ о своей недѣеспособности лишь тогда, когда другая сторона дѣйствовала mala fida и пренебрегла средствами ознакомленія съ этимъ закономъ. По этому принципу большинство договоровъ повседневной жизни должно обсуждаться по l. loci contractus; не можетъ же, въ самомъ дѣлѣ, купецъ знать, дѣеспособенъ ли по личному закону каждый его покупатель. Исключаются только случаи, когда вслѣдствіе особой важности заключаемаго контракта, незнаніе личнаго закона контрагента неизвинительно, напр. при вступленіи въ бракъ или при пріобрѣтеніи недвижимости (Bar I, 399 — 402).

На эту аргументацію можно возразить, что законы о недѣеспособности гораздо болѣе, чѣмъ законы о дѣеспособности, изданы съ цѣлью защиты индивидовъ и нуждаются для полнаго своего эффекта въ экстратерриторіальной силѣ. Нелогично поэтому отказывать въ этой силѣ законамъ о недѣеспособности во имя интересовъ международной жизни, и въ тоже время при обсужденіи дѣеспособности руководиться исключительно цѣлями установившаго ее государства.

Другіе однородные случаи вовсе не разрѣшаются Баромъ; такъ напр. знаменитый споръ о подчиненіи наслѣдованія недвижимостей закону наслѣдодателя или l. rei sitae. По мнѣнію автора личный законъ наслѣдодателя получаетъ внѣземельную силу только тогда, когда не только этотъ законъ, но и l. rei sitae исходятъ изъ римскаго воззрѣнія на наслѣдованіе, какъ на общее универсальное преемство. Если же l. domicilii или l. rei sitae разсматриваютъ наслѣдованіе какъ частное (сингулярное) преемство, личный законъ умершаго [1])

---

[1]) Bar, II, pp. 295 — 302.

замыкается въ территоріальную сферу. Очевидно, что такое рѣшеніе не разрѣшаетъ сути вопроса, такъ какъ вовсе не объясняетъ, почему во второмъ случаѣ законъ мѣстонахожденія недвижимости получаетъ преобладаніе надъ личнымъ закономъ, исходящимъ изъ идеи универсальнаго преемства.

Тотъ же пріемъ примѣняется Баромъ для опредѣленія закона, которому подчинены имущественныя отношенія супруговъ. Если національный законъ и l. rei sitae разсматриваютъ брачное имущество какъ нѣчто единое, и только тогда оно подчинено этому національному закону. Здѣсь Баръ самъ сознается, что „общее рѣшеніе этого спорнаго вопроса невозможно“ [1]).

Законъ, регулирующій обязанности отца по отношенію къ незаконному ребенку, имѣетъ цѣлью защиту ребенка и его матери (I, p. 557). Но для того, чтобы ребенокъ могъ требовать алиментовъ, нужно, чтобы не только личный статутъ матери въ моментъ зачатія, но и законъ мѣста зачатія и наконецъ законъ суда признавали бы искомое право (I, 558 — 559). Въ случаѣ конфликтовъ этихъ законовъ, теорія Бара опять непримѣнима.

Вообще нельзя не отмѣтить тенденціи Бара обосновывать всѣ свои мнѣнія апріорно. Онъ долженъ однако самъ сознаться, что это не всегда возможно, и въ цѣломъ рядѣ рѣшеній принципъ природы вещей сливается или съ реальной необходимостью, или просто съ обычнымъ международнымъ правомъ.

На реальной необходимости (reale Nothwendigkeit) основано напримѣръ господство legis rei sitae въ вещномъ правѣ. Всякое другое правосостояніе приводитъ или къ безъисходному кругу (когда, напр., два лица разныхъ національностей спорятъ о правѣ на вещь), или къ всеобщей путаницѣ и неопредѣленности правового оборота (въ случаѣ, если бы пришлось опредѣлять все вещное право по личному закону перваго несомнѣннаго обладателя) [2]). Точно также Баръ на-

---

[1]) Bar I, p. 513: „Eine ganz allgemeine Entscheidung der Streitfrage ist daher unmöglich“.

[2]) Bar, I, pp. 593 — 597.

ходитъ невозможнымъ апріорно построить правило locus regit actum, факультативную силу котораго онъ основываетъ на обычномъ правѣ (I, pp.337—343). Непримѣненіе этого правила въ вещномъ правѣ оправдывается опять таки требованіями обезпеченности международной жизни (I, pp. 615—618). Наконецъ, и конструкція обязательственнаго права основана на идеѣ, что международныя требованія bonae fidei побѣждаютъ притязанія закона мѣстожительства должника (II, pp. 3—30).

Въ заключеніе нельзя не указать на довольно опасную уступку, дѣлаемую закону мѣста процесса. Теорія автора имѣетъ цѣлью обезпечить за каждой законодательной сферой ту долю вліянія, на которую она имѣетъ право вслѣдствіе нахожденія въ ней лица или вещи, или вслѣдствіе національныхъ узъ лица. Такая комбинація различныхъ вліяній особенно затруднительна въ вещномъ правѣ, гдѣ немыслимо подчинить одну и ту же вещь одновременно нѣсколькимъ законамъ. Поэтому авторъ, во имя интересовъ обезпеченности правовой жизни, отдаетъ предпочтеніе закону страны, гдѣ вещь находилась въ послѣднее время. Если кто либо пріобрѣлъ залоговое право въ движимости путемъ договора, то это право исчезаетъ, какъ только вещь оказывается въ предѣлахъ государства, обусловливающаго дѣйствительность залогового права передачею вещи. Но Баръ идетъ еще дальше, и утверждаетъ, что въ концѣ концовъ торжествуетъ то вліяніе, которому подчинится законъ суда[1]). Этимъ онъ, конечно, хочетъ только сказать, что судъ не примѣняетъ иностраннаго права, когда оно сталкивается съ интересами, возникшими въ предѣлахъ lex fori [2]). Но намъ думается, что даже такое преобладаніе закона послѣдняго мѣстонахожденія вещи и въ частности lex fori, можетъ быть оправдано лишь

[1]) So das in letzter Linie—und damit sind ja Alle einverstanden—diejenige Einwirkung, welche das Gesetz des Processgerichts wirklich will, für die Entscheidung den Ausschlag giebt, I, p. 111.

[2]) Es respectirt die früheren rechtlichen Schicksale der Sache soweit sie nicht in Collision treten mit derjenigen Einwirkung, welche in seinem Gebiete eingetreten ist, I, 612.

съ точки зрѣнія международной необходимости, а никакъ не вытекаетъ логически изъ принципа высшей справедливости или природы вещей. Кромѣ того нельзя не замѣтить, что Баръ въ данномъ случаѣ всетаки невольно уклоняется въ сторону Вехтера и произвола государства суда.

Все вышесказанное даетъ право усумниться въ правильности выставленнаго Баромъ принципа „природы вещей". Въ однихъ случаяхъ этотъ принципъ сливается съ субъективными воззрѣніями территоріальнаго закона и. слѣдовательно, безсиленъ разрѣшить международныя столкновенія. Въ другихъ случаяхъ Баръ находитъ согласнымъ съ природой вещей то, что диктуютъ интересы международнаго общенія. Намъ кажется, что „Natur der Sache" Бара не особено то далека отъ „Naturrecht" [1]), и что онъ напрасно покидаетъ общую точку зрѣнія, на которую сталъ въ началѣ своего труда. Его замѣчательное сочиненіе, едва ли не лучшее въ нашей наукѣ, представило бы тогда гораздо большую стройность и послѣдовательность. Несомнѣнно, что Баръ часто вдохновляется идеей международнаго общенія даже тогда, когда повидимому исходитъ изъ субъективной точки зрѣнія даннаго закона. Но мы видѣли, что его методъ иногда оказывается даже вовсе несостоятельнымъ.

Понятіе публичнаго порядка имѣетъ, по мнѣнію Бара, лишь второстепенное значеніе въ наукѣ международнаго частнаго права. Государство не должно отрицать послѣдствій, вытекающихъ изъ непризнаваемаго имъ иностраннаго института, разъ эти послѣдствія не коллидируютъ съ туземными законами. Территоріальный правопорядокъ не можетъ только непосредственно реализировать правоотношеніе, отвергаемое туземнымъ закономъ [2]). Мусульманинъ лишенъ, поэтому,

---

[1]) Ср. справедливыя замѣчанія Klöppel'а въ Böhm's Zeitschrift, Band I, p. 34 — 48.

[2]) Unsere Rechtsordnung und unsere Gerichte dürfen sich nicht dazu hergeben, unmittelbar Rechtsverhältnisse oder Rechtsansprüche zu realisiren, welche von den einheimischen Gesetzen als unbedingt verwerfliche betrachtet werden, Bar, I, p. 130.

возможности заключить полигамическій бракъ въ христіанскомъ государствѣ; наши суды не могутъ заставить бѣжавшую изъ гарема жену вернуться къ мужу. Но мы признаемъ иностранный полигамическій бракъ въ предѣлахъ установившей его юрисдикціи, и выдадимъ наслѣдство рожденному въ такомъ бракѣ [1]), какъ законному наслѣднику.

Воззрѣніе автора на значеніе публичнаго порядка сказывается особенно рельефно въ обязательственномъ правѣ. Исковая сила обязательства зависитъ отъ матеріальнаго права, которому оно вообще подчинено. Однако судъ не можетъ принять иска, который по lex fori считается безнравственнымъ (contra bonos mores) (Bar II, p. 6, 38). Такъ, напр., высота роста различно опредѣляется въ разныхъ странахъ, въ зависимости отъ чисто мѣстныхъ экономическихъ условій; если поэтому договоръ всецѣло принадлежитъ другой законодательной сферѣ, то судъ можетъ присудить процентъ, превышающій размѣръ допускаемый по lex fori, не нарушая духа этого послѣдняго закона (II, p. 59—62). Но если законъ суда запрещаетъ иски изъ карточныхъ долговъ, какъ безнравственные, то такое запрещеніе имѣетъ абсолютную силу (II, p. 38, прим. 7a). Другое любопытное примѣненіе этой теоріи—отношеніе государства къ лотереямъ. Если lex fori вообще запрещаетъ всякія лотереи, то оно очевидно исходитъ изъ высшихъ нравственныхъ соображеній, и запретъ безусловенъ. Если же государство, руководствуясь собственными фискальными цѣлями, запрещаетъ только игру въ иностранныхъ лотереяхъ, то очевидно искъ, возникшій на основаніи этой игры, можетъ разсматриваться судами этого государства, если только обязательство подчинено иностранному матеріальному праву (Bar II, p. 39—40).

Въ приведенныхъ случаяхъ „нравственность" обязательства опредѣляется по lex fori. Но Баръ допускаетъ и болѣе объективное мѣрило. Такъ, судья не можетъ признать дѣйствитель-

---

[1]) Bar I, p. 129.

нымъ договоръ, направленный на обходъ иностранныхъ таможенныхъ законовъ, потому что это неприлично (nicht anständig II, p. 31); и точно также ничтожны всѣ договоры, имѣющіе цѣлью нарушеніе общепризнанныхъ нормъ международнаго права, напр. правилъ нейтралитета (Bar II, p. 32).

Такимъ образомъ, основаніемъ для непризнанія какого либо иностраннаго института по Бару является его противорѣчіе нравственности [1]). Безъ этого момента правило, данное имъ выше въ руководство судьѣ, потеряло бы свое значеніе. Въ самомъ дѣлѣ, дѣйствіе, реализація котораго требуется отъ суда, напр. присужденіе извѣстной суммы денегъ, само по себѣ можетъ и не нарушать публичнаго порядка, но оно всетаки не совершается судомъ въ виду лежащаго въ основѣ иска безнравственнаго правоотношенія (II, p. 484).

Баръ вообще того мнѣнія, что случаи столкновенія законовъ, вызванные требованіями публичнаго порядка, гораздо рѣже, чѣмъ обыкновенно думаютъ (I, p. 128), поскольку рѣчь идетъ о націяхъ, стоящихъ на приблизительно одинаковомъ культурномъ уровнѣ. Если однако пристально вглядываться въ доктрину знаменитаго ученаго, мы найдемъ во многихъ случаяхъ двухгранное дѣленіе итальянской школы — только въ другой формѣ. Мы разумѣемъ различеніе право-и дѣеспособности.

Нормы, касающіяся правоспособности, опредѣляютъ, при какихъ условіяхъ кто либо можетъ быть субъектомъ извѣстныхъ правъ (Rechtssubject); нормы эти основаны на политическихъ и нравственныхъ воззрѣніяхъ даннаго народа, и поэтому не могутъ опредѣляться національнымъ законодательствомъ иностранцевъ: иначе факты, обусловливающіе у насъ правоспособность, получили бы діаметрально противоположное значеніе (напр., когда въ одной странѣ запрещено пріобрѣтеніе недвижимостей католикамъ, а въ другой протестантамъ). Поэтому, правоспособность обсуждается по за-

---

[1]) Moralwidrigkeit des Verhältnisses II, p. 483.

кону, которому вообще подчинено разсматриваемое правоотношеніе (Bar I, p. 391).

Наоборотъ, законы о дѣеспособности имѣютъ цѣлью не лишеніе извѣстныхъ правъ, а только защиту индивидовъ, которая для своей дѣйствительности должна принадлежать національному закону (I, p. 392—393).

Соотвѣтственно этой теоріи и согласно съ вышеизложеннымъ ученіемъ о публичномъ порядкѣ, рабы, крѣпостные, граждански умершіе признаются таковыми, посколько они остаются въ сферѣ поразившаго ихъ правоспособность государства; и становятся свободными со вступленіемъ на нашу территорію (I, p. 406—409). Ограниченія способности наслѣдовать, основанныя на исповѣданіи извѣстной религіи, не имѣютъ экстратерриторіальной силы (I, p. 412). Но далѣе авторъ склоняется въ пользу мнѣнія, по которому неспособность монаха къ наслѣдованію обсуждается по его національному закону (I, p. 413); а въ брачномъ правѣ вовсе не проводитъ своего различенія право- и дѣеспособности. Оказывается, что священническій санъ, соціальное положеніе (Stand), (напр. принадлежность къ царствующему дому), различіе цвѣта кожи, если служатъ препятствіями ко вступленію въ бракъ по національному закону, должны быть признаны повсюду; между тѣмъ приведенные случаи какъ нельзя болѣе подходятъ подъ данное Баромъ опредѣленіе правоспособности. Нельзя поэтому не видѣть въ этомъ дѣленіи новаго доказательства безуспѣшности попытки конкретно очертить понятіе публичнаго порядка (Bar I, 457).

§ 4. Броше[1]).

Задачу международнаго частнаго права, по мнѣнію Броше, составляетъ разграниченіе компетенцій различныхъ суверенитетовъ, иначе говоря, комбинаціи личнаго и территоріаль-

---

[1]) Charles Brocher, Nouveau Traité de Droit International Privé, 1876. Его же Cours de Droit International Privé Suivant les Principes Consacrés par le Droit positif Français 1882, 3 volumes.

наго элементовъ, содержащихся въ каждомъ изъ нихъ. Такое разграниченіе предполагаетъ высшую руководящую идею, которая дается „природою вещей (la nature des choses) и высшими интересами, лежащими въ основаніи права“. Суверенитетъ не создаетъ, не произвольно устанавливаетъ свою компетенцію, а напротивъ того, подчиняется компетентному праву — своему или иностранному. Каждое юридическое отношеніе должно регулироваться наиболѣе призваннымъ къ тому государствомъ[1]).

Въ дальнѣйшемъ изложеніи авторъ вполнѣ принимаетъ методъ Савиньи. Оригинальна только теорія публичнаго порядка, сильно повліявшая на дальнѣйшее развитіе этого понятія.

Броше различаетъ внутренній и международный публичный порядокъ (ordre public interne et international). Подъ первымъ разумѣются совокупность абсолютныхъ правъ даннаго законодательства, не допускающихъ уклоненія частныхъ лицъ, подъ вторымъ — соображенія, вслѣдствіе которыхъ извѣстный суверенитетъ не допускаетъ дѣйствія нѣкоторыхъ иностранныхъ законовъ въ своей сферѣ.

Глубокое различіе между разбираемыми нормами заключается въ томъ, что абсолютный характеръ правилъ внутренняго публичнаго порядка зависитъ отъ закона, вообще опредѣляющаго данное юридическое отношеніе; тогда какъ нормы международнаго публичнаго порядка лишаютъ дѣйствія иностранные законы, вторгаясь этимъ въ чужую сферу. Мысль Броше особенно наглядно сказывается при разрѣшеніи вопроса о значеніи ростовщичества въ международномъ правѣ. По мнѣнію автора законность высоты роста опредѣляется не по lex fori, а по закону страны, гдѣ должникъ имѣетъ центръ своей дѣятельности, такъ какъ этотъ законъ компетентнѣе всего опредѣлитъ соціальное значеніе ростовщичества. Другими словами запрещеніе ростовщичества относится къ внутреннему публичному порядку (Brocher, l. c. pp. 357—360).

Точно также публичный характеръ извѣстныхъ личныхъ

---

[1]) Brocher, Nouveau Traité, pp. 6—21.

вещныхъ или наслѣдственныхъ правъ зависитъ отъ закона, вообще опредѣляющаго эти права. Съ другой стороны, международный публичный порядокъ государства можетъ воспротивиться дѣйствію компетентнаго иностраннаго закона, напр. иностранной фидеикоммиссарной субституціи, ограниченію правоспособности иностранца, основанному на политическихъ или религіозныхъ мотивахъ, вступленію женатаго иностранца во второй бракъ и т. д. [1]).

Такимъ образомъ нормы внутренняго публичнаго порядка дѣйствуютъ только въ предѣлахъ своей компетенціи, тогда какъ понятіе международнаго порядка сливается съ началомъ территоріальности.

Несомнѣнно, что существуютъ нормы того и другого характера. Броше не даетъ однако никакого критерія ни для ихъ разграниченія, ни для разрѣшенія случаевъ столкновенія ихъ между собою. Запрещеніе ростовщичества, напр., легко можетъ быть отнесено къ международному порядку. Теорія Броше не объясняетъ, почему національный законъ, запрещающій монахамъ бракъ, долженъ уступить закону мѣста его заключенія, исходящему изъ противоположнаго взгляда? Если внутренній публичный порядокъ налагаетъ путы на личную свободу, то требуетъ ли международный снятія этихъ путъ? Авторъ только ставитъ, но не разрѣшаетъ вопроса (р. 354). Вообще теорія Броше довольно неясна, и справедливая оцѣнка ея возможна лишь послѣ анализа ученій нѣкоторыхъ послѣдующихъ писателей (Пиллье, Деспанье), въ которыхъ туманные образы маститаго швейцарскаго ученаго получаютъ болѣе осязательную форму.

§ 5. Деспанье.

Доктрина Савиньи находитъ убѣжденнаго сторонника въ лицѣ французскаго ученаго Франца Деспанье [2]) Между-

---

[1]) Brocher, l. c. pp. 343—353.

[2]) Franz Despagnet, Précis de Droit International Privé, Paris, 1891, 2-e Édition.

народное частное право опредѣляется этимъ авторомъ, какъ наука, указывающая законъ, соотвѣтствующій природѣ даннаго юридическаго отношенія (l. c. § 157). Конечно, найти такой законъ для судьи можетъ быть труднымъ. Но съ одной стороны, выставленіе какого нибудь общаго критерія для всѣхъ случаевъ невозможно (l. c. § 156); съ другой, на помощь судьѣ являются нормы постепенно развивающагося международнаго обычнаго права (§ 157).

Деспанье особенно потрудился надъ разработкой понятія пресловутаго публичнаго порядка [1]). Результаты его изысканій можно формулировать въ слѣдующихъ положеніяхъ.

Подъ публичнымъ порядкомъ (ordre public) разумѣется совокупность юридическихъ нормъ, которыя данное государство считаетъ связанными съ существенными интересами (intérêts essentiels) страны. Необходимо однако различать внутренній публичный порядокъ (ordre public interne) отъ международнаго (ordre public international). Велѣнія перваго обращены къ однимъ подданнымъ, нормы втораго обязательны для всѣхъ пребывающихъ на территоріи. Различіе это вызвано тѣмъ, что законы внутренняго публичнаго порядка издаются въ интересахъ самихъ подданныхъ. Такъ запрещеніе дерогировать законамъ о право-и дѣеспособности посредствомъ договоровъ, очевидно не можетъ касаться иностранцевъ.

Нормы международнаго публичнаго порядка распадаются на три категоріи. Къ первой относятся правила, основанныя на нравственныхъ соображеніяхъ, общихъ всѣмъ цивилизованнымъ народамъ. Таковы, напр., воспрещеніе многоженства или брака между братомъ и сестрою. Это классъ такъ называемыхъ абсолютныхъ нормъ международнаго публичнаго порядка.

Велѣнія второй группы имѣютъ абсолютный характеръ только въ убѣжденіи отдѣльнаго территоріальнаго законодателя. Это субъективное мнѣніе о пользѣ или вредѣ даннаго института для цивилизаціи связываетъ однако всѣхъ находя-

[1]) L. c. §§ 159—162 и этюдъ L'ordre public en Droit international privé, J. Clunet 1889, p. 5 et 207.

щихся въ территоріи. Сюда относятся напр. запрещеніе развода и отрицаніе права отыскивать отца судомъ.

Наконецъ, законы третьей группы издаются даннымъ государствомъ исключительно въ виду особенныхъ условій страны; такъ напр. запрещеніе браковъ между бѣлыми и черными, или установленіе опредѣленной высоты роста, никакъ не могутъ быть оправданы общими воззрѣніями цивилизованныхъ народовъ.

Понятіе международнаго публичнаго порядка, такимъ образомъ, очень измѣнчиво для нормъ второй, и въ особенности третьей категоріи. Нельзя, однако, не замѣтить тенденціи къ установленію все большаго единообразія въ разныхъ территоріальныхъ законодательствахъ, тенденціи, которая выражается въ постепенномъ сокращеніи числа нормъ послѣднихъ категорій международнаго публичнаго порядка.

§ 6. Ассеръ.

Къ послѣдователямъ Савиньи слѣдуетъ также отнести голландскаго юриста Ассера [1]). Знаменитый ученый рѣшительно возстаетъ противъ территоріальнаго принципа, и находитъ, что природа каждаго юридическаго отношенія указываетъ на законъ, которому оно подчинено, и что этотъ законъ долженъ быть примѣненъ, хотя бы онъ былъ и иностранный, во имя высшихъ принциповъ (principes directeurs obligatoires) обязательныхъ для судьи [2]).

Особенное достоинство труда Ассера составляетъ тенденція автора стать на объективную точку зрѣнія и придать предлагаемымъ имъ рѣшеніямъ твердость и единообразіе, необходимыя для правильной международной жизни. Такъ, авторъ возстаетъ противъ опредѣленія дѣеспособности въ извѣстныхъ случаяхъ (для огражденія bonae fidei) по lex loci contractus: „дѣеспособность должна опредѣляться по одному

[1]) См. его небольшой, но замѣчательно ясный и полный курсъ: Éléments de Droit International Privé, par T. M. C. Asser, traduit et annoté par Alphonse Rivier, Paris 1884.

[2]) Asser Rivier, l. c. p. 29—33.

и тому же праву, однообразно и независимо отъ мѣста заключенія договора“ (Asser l. c. p. 58). Правило „locus regit actum“, подчиняющее формы актовъ закону мѣста совершенія, вызвано общей пользою (p. 60); знаменитая теорія in fraudem legis не можетъ быть принята (l. c. p. 62), и правило должно имѣть не факультативный, а обязательный характеръ, для того чтобы „увеличить достовѣрность юридическихъ фактовъ“ (augmenter la certitude des faits juridiques) (l. c. p. 66). Права, пріобрѣтенныя на движимость согласно lex rei sitae, уступаютъ закону новаго ея мѣстонахожденія по самой силѣ вещей и во вниманіе къ потребностямъ торговли (l. c. p. 99).

Но настаивая на необходимости единообразнаго примѣненія нормъ международнаго частнаго права, Ассеръ не можетъ не признать, что такое единообразіе предполагаетъ уступки того или другого территоріальнаго суверенитета; эти уступки не всегда могутъ быть логически оправданы и должны быть основаны на добровольномъ согласіи дѣлающаго ихъ государства. Такъ, Ассеръ высказывается за подчиненіе всего наслѣдованія національному закону наслѣдодателя (l. c. p. 136); но онъ долженъ признать, что такое рѣшеніе не обязательно для страны мѣстонахожденія недвижимости, и заключаетъ, что этотъ вопросъ можетъ быть разрѣшенъ удовлетворительно лишь съ помощью международныхъ договоровъ или тождественныхъ законовъ [1]).

§ 7. Вульси.

Къ той же школѣ принадлежитъ сочиненіе американца Вульси (Woolsey, Introduction to the study of international

[1]) Nous voici donc en presence d'un de ces principes qui ne pourront être fixés et consacrés d'une manière efficace qu'au moyen de traités internationaux, ou de lois concordantes, l. c. p. 143 — По мнѣнію переводчика Ассера, знаменитаго Альфонса Ривье, въ теоріи каждое государство можетъ, конечно, вполнѣ исключить дѣйствіе иностранныхъ законовъ. Но это предположило бы порядокъ вещей, давно не существующій въ цивилизованномъ мірѣ, и поэтому можно считать старую „Comitas“ превратившейся въ юридическую обязанность, основанную на международномъ правѣ (Asser — Rivier, l. c. p. 30).

Law, 1875). Международное частное право, говоритъ авторъ, должно корениться въ справедливости, а не въ доброжелательности, и если бы только націи могли найти принципъ этой справедливости, онѣ должны были бы примѣнять ихъ (p. 16). Въ своемъ маленькомъ очеркѣ нашей науки Вульси постоянно ищетъ, по рецепту Савиньи, корня (Seat) права. Такимъ seat для облигацій оказывается мѣсто исполненія (p. 79); для правъ наслѣдственныхъ — мѣстожительство наслѣдодателя (p. 81); для вещныхъ правъ — мѣстонахожденіе (p. 74) и. т. д.

§ 8. Геффтеръ.

Небольшой отдѣлъ знаменитаго труда Геффтера [1]) озаглавленъ: „Столкновеніе гражданскихъ законовъ“. Авторъ находится еще подъ нѣкоторымъ вліяніемъ статутарной теоріи, что ему, впрочемъ, не мѣшаетъ высказаться противъ исключительнаго господства территоріальнаго начала. „Если бы государство отказалось признавать въ своихъ предѣлахъ иное гражданское право, кромѣ своего собственнаго, оно, вмѣстѣ съ тѣмъ, отрицало бы существованіе прочихъ государствъ и не признавало бы равенства ихъ правъ съ своими собственными. Но права на это не имѣетъ ни одно государство, ибо каждое изъ нихъ есть только особый органъ всего человѣчества“ [2]).

§ 9. Бруза.

Del Diritto Internationale, Lezioni del prof. Lud. Casanova, Con introduzione c. note dell' Emilio Brusa 1876, Volume II, Lezione XXXI — XXXVI.

Итальянскій профессоръ Бруза не раздѣляетъ увлеченія своихъ соотечественниковъ національнымъ принципомъ. Свою теорію онъ называетъ теоріею гармоническаго примѣненія различныхъ территоріальныхъ законовъ [3]). Законъ долженъ получить

[1]) Европейское международное право, переводъ Бар. К. Таубе, Спб. 1880.
[2]) Геффтеръ — Таубе, § 37.
[3]) Teoria dell' armonica applicazione delle diverse leggi territoriali l. c. p. 354.

экстратерриторіальную силу всякій разъ, когда это требуется природой даннаго случая (natura del caso), подъ которой разумѣется предполагаемая разумная воля соприкасающихся законодательствъ. Предполагать, что законодатель желаетъ всегда примѣненія своего закона, значило бы обвинять его въ нарушеніи универсальнаго принципа, по которому процессъ охраняетъ существующія права, а не создаетъ новыя (l. c. p. 357).

Бруза находитъ, что критика системы Савиньи основана на недоразумѣніи. Говорятъ (напр. Манчини), будто нельзя открыть корень (sede) даннаго юридическаго отношенія, если входящія въ него лица, вещи и дѣйствія подчинены разнымъ государствамъ. Однако, на самомъ дѣлѣ правоотношеніе не сливается въ юридическомъ пониманіи (nel concetto giuridico) со своими элементами; каждое правоотношеніе соотвѣтствуетъ идеальному представленію (una nozione ideale), которое и можетъ мыслиться коренящимся въ опредѣленной территоріальной сферѣ (p. 363).

Юридическое отношеніе требуетъ компетентнаго закона какъ нѣчто цѣлое, какъ личное, вещное, семейное, наслѣдственное правоотношеніе, а не какъ совокупность своихъ элементовъ (La natura del rapporto giuridico... reclama da sè la sua legge p. 364).

Такое оправданіе принципа Савиньи врядъ ли можетъ быть признано удачнымъ. Разъ элементы какого нибудь юридическаго отношенія относятся къ различнымъ территоріальнымъ компетенціямъ, трудно допустить, чтобы воззрѣнія заинтересованныхъ государствъ на мѣстонахожденіе „корней" этого отношенія совпали. Теорія Брузы драгоцѣнна за то, какъ новый голосъ въ пользу необходимости единообразнаго рѣшенія конфликтовъ законовъ, вдохновляемаго одной высшей идеей.

§ 10. Ф. Ф. Мартенсъ [1]).

Представитель русской науки, проф. Ф. Ф. Мартенсъ, построилъ всю свою замѣчательную систему на идеѣ между-

[1]) Современное международное право цивилизованныхъ народовъ. Изданіе третье, С.-Петербургъ, 1895—1896.

народнаго общенія. Къ великой заслугѣ нашего знаменитаго ученаго слѣдуетъ отнести обстоятельство, что и въ области частнаго международнаго права онъ призналъ эту идею „единственно вѣрнымъ и положительнымъ основаніемъ", отбросивъ всякій метафизическій балластъ. Проф. Мартенсъ не оперируетъ ни съ „Natur der Sache" Бара, ни съ „Sitz des Rechtsverhältnisses" Савиньи [1]).

Нѣсколькими штрихами авторъ вызываетъ представленіе международной жизни, изъ которой изгнана идея общенія.

„Становясь на точку зрѣнія исключительнаго суверенитета государствъ, мы должны были бы отказаться отъ выхода изъ лабиринта противорѣчій, порождаемыхъ столкновеніями законодательствъ; строгое проведеніе ея на практикѣ парализовало бы развитіе сношеній и частныхъ оборотовъ между подданными различныхъ государствъ.

Допустимъ, что данное государство предписываетъ своимъ судамъ исключительно руководствоваться мѣстными законами и не обращать никакого вниманія на иностранные законы. Послѣдствія такого распоряженія прежде всего невыгодно отразились бы на заинтересованныхъ частныхъ лицахъ. Право собственности, законно пріобрѣтенное на одной территоріи, не будетъ признано таковымъ на другой, не допускающей дѣйствія иностранныхъ законовъ. Всякое обязательство, заключенное по иностраннымъ законамъ, не получитъ судебной охраны въ мѣстѣ его исполненія, если здѣсь примѣняются исключительно законы территоріальные, отличные отъ иностранныхъ. Дальнѣйшія послѣдствія будутъ заключаться въ томъ, что другія государства предпишутъ своимъ судамъ равнымъ образомъ не признавать законныхъ правъ, возникшихъ въ государствѣ, не признающемъ ихъ законовъ и опредѣляемыхъ ихъ законами. Рѣшенія судовъ такого государства не будутъ имѣть за его предѣлами никакого значенія. Тяжущійся, проигравшій свой процессъ въ такомъ государствѣ, можетъ

[1]) См. Ф. Ф. Мартенсъ II, стр. 285—377, а въ особенности стр. 300—308.

снова возбудить дѣло на другой территоріи, и его противникъ не будетъ имѣть права ссылаться на res judicata, ибо прежній приговоръ не имѣетъ здѣсь силы судебнаго рѣшенія.

Общій результатъ безусловнаго проведенія начала суверенитета выразится въ полнѣйшемъ безправіи и анархіи въ области международныхъ отношеній, что, разумѣется, не можетъ быть согласно ни съ интересами государствъ, ни съ интересами ихъ подданныхъ“ [1]).

Изъ понятія о международномъ общеніи проф. Мартенсъ выводитъ слѣдующія четыре положенія:

1) Признаніе правъ, возникшихъ на основаніи законовъ одного государства, составляетъ юридическую обязанность всѣхъ другихъ субъектовъ международнаго права. Права эти должны охраняться судами всей территоріи международнаго общенія, не завися ни отъ вѣжливости, ни отъ снисхожденія [2]).

Мнѣ кажется, однако, что это положеніе моего уважаемаго наставника можно принять только съ оговоркой. Въ самомъ дѣлѣ, изъ идеи международнаго общенія не слѣдуетъ, что государство обязано признавать всѣ отношенія, дѣйствительныя по законамъ какого-нибудь государства. Для того чтобы пользоваться повсемѣстной силой, законъ долженъ быть изданъ государствомъ компетентнымъ съ международной точки зрѣнія. Иначе мы придемъ опять или къ теоріи Шеффнера (если будемъ руководствоваться закономъ страны, гдѣ отношеніе возникло), или впадемъ въ безъисходный кругъ Савиньи (если будемъ считать законнымъ отношеніе, законность котораго именно должно опредѣлить).

2) Каждый судъ обязанъ примѣнять дѣйствующее мѣстное право. Но въ это право входятъ не только законы, обычаи и судебныя рѣшенія; допуская частныя отношенія между своими и иностранными подданными, государство implicite признаетъ обязательность нормъ, регулирующихъ эти отно-

---

1) Ф. Ф. Мартенсъ, II, стр. 300—301.

2) Стр. 302.

шенія. Такимъ образомъ, „международное частное право есть дѣйствующее право каждаго цивилизованнаго государства“ [1]).

Эту формулу нельзя не признать весьма счастливой, если ее сравнить съ положеніемъ современной англійской школы. Эта послѣдняя, какъ мы видѣли, утверждаетъ, что международное частное право есть часть, отрасль права Англіи (a branch of theLaw of England). Кажущеесятождество обоихъ мнѣній прикрываетъ глубокое различіе. По мнѣнію Дайси, Вестлэка и др., международное частное право постепенно реципируется англійскимъ; слѣдовательно оно не считается абсолютно обязательнымъ, такъ какъ нуждается въ рецепціи. Англійское право первостепенное; международное—производное. По справедливому воззрѣнію проф. Мартенса, какъ только государство стало членомъ международнаго общенія, международное частное право начинаетъ дѣйствовать въ немъ какъ территоріальное, независимо отъ всякой рецепціи. Въ пониманіи русскаго профессора международное право черпаетъ свою силу въ самомъ себѣ.

Сравнивая отношеніе Россіи и Англіи къ Гаагскимъ конференціямъ 1893 — 1894 годовъ, мы видимъ, какая бездна между русскимъ и англійскимъ воззрѣніями на интересы международнаго общенія.

3) Международное частное право перестаетъ дѣйствовать, когда нарушаетъ публичный порядокъ страны. „Судъ не можетъ признать законнымъ и охранять такое право, которое прямо объясняется незаконнымъ и безнравственнымъ туземными законами“. Проф. Мартенсъ добавляетъ, однако, что юридическія послѣдствія непризнаваемаго въ нашемъ государствѣ института не имѣютъ силы лишь тогда, когда сами по себѣ запрещены мѣстными законами. Дѣти отъ иностраннаго полигамическаго брака и у насъ будутъ признаны законными. Но рабовладѣніе не можетъ продолжаться на нашей территоріи.

---

[1]) Стр. 302—305.

4) Наконецъ, проф. Мартенсъ [1]) указываетъ на необходимость заключенія международныхъ договоровъ для предупрежденія шаткости и неопредѣленности въ области международныхъ сношеній [2]). Нельзя не согласиться съ авторомъ, что противорѣчія законодательствъ, судебной практики и доктрины только подтверждаютъ эту необходимость.

§ 11. Пиллье.
(A. Pillet).

За послѣдніе годы (1893—1896) на столбцахъ „Journal du Droit international privé" появился рядъ статей гренобльскаго (нынѣ парижскаго) проф. Пиллье, представляющихъ собою новую попытку построить систему международнаго частнаго права на раціональныхъ основаніяхъ. Статьи эти заслуживаютъ самаго тщательнаго анализа [3]).

Международное частное право, по мнѣнію Пиллье, имѣетъ цѣлью обезпечить законамъ послѣдовательность или опредѣленность дѣйствія (certitude). Наша наука не должна разбиваться на множество территоріальныхъ доктринъ, а напротивъ того стремиться къ единству, исходя при разрѣшеніи международныхъ вопросовъ изъ однихъ международныхъ основаній. Международное частное право должно содержать только принципы одинаково вѣрные и одинаково признанные во всѣхъ цивилизованныхъ странахъ, гдѣ ему приходится дѣйствовать. Нельзя отрицать, что существуютъ извѣстныя идеи, составляющія общее достояніе всего культурнаго человѣчества. Задача науки не отыскиваніе какого-то естественнаго права, соотвѣтствующаго будто бы даннымъ чистаго разума, а выясненіе общаго элемента всѣхъ положительныхъ законодательствъ [4]).

---

[1]) Стр. 304—305.

[2]) Стр. 306.

[3]) См. Journal 1893, pp. 1—24 et 318—331, статья: Le droit international privé; Journal 1894, 1895 и 1896, статья: Le droit international privé Essai d'un système général de solution des conflits de lois.

[4]) Pillet, Journal 1893, pp. 16—17, 19—24, 318—322.

Этотъ общій юридическій фондъ человѣчества (если можно такъ выразиться) Пилле думаетъ открыть, исходя изъ природы и цѣли закона, взятаго въ самомъ абстрактномъ пониманіи, одинаковомъ для всѣхъ государствъ [1]).

Двумя существенными свойствами каждаго закона являются непрерывность во времени (continuité), и общность въ примѣненіи ко всѣмъ лицамъ, входящимъ въ составъ соціальной группы, для которой онъ изданъ (généralite subjective [2]). Для того же, чтобы и „международныя проявленія индивидуальныхъ дѣятельностей" подпали вліянію закона, нужно, конечно, чтобы онъ сохранилъ тѣ же свойства и въ международной сферѣ. Но здѣсь непрерывность дѣйствія означаетъ уже экстратерриторіальность, а общность примѣненія — территоріальность закона. Такимъ образомъ, Пилле приходитъ къ выводу, что по своей природѣ законы должны быть одновременно территоріальны и экстратерриторіальны [3]).

Дѣйствительно, самые „территоріальные" законы, какъ то уголовные и процессуальные, превращаются иногда во внѣземельные. Государства наказываютъ иногда подданныхъ за преступленія, совершенныя за-границей, и упражняютъ уголовную юрисдикцію на національномъ кораблѣ въ открытомъ морѣ. Съ другой стороны законы, касающіеся дѣеспособности, выставляемые обыкновенно какъ типъ экстратерриторіальныхъ, въ послѣднее время большинствомъ государствъ подчиняются территоріальнымъ законамъ. Законы о національности, основываясь то на jus sanguinis, то на jus soli, особенно рѣзко соединяютъ оба свойства [4]).

По строгой логикѣ, каждое государство было бы вправѣ примѣнять свой законъ какъ къ туземцамъ, находящимся за границей, такъ къ иностранцамъ, пребывающимъ на территоріи. Для предупрежденія же правовой войны и достиженія

---

[1]) J. 1894, p. 724.

[2]) J. 1894, p. 423.

[3]) J. 1894, pp. 425 — 427.

[4]) J. 1894, 428 — 432.

возможной гармоніи въ международной жизни, международный законъ долженъ жертвовать то тѣмъ, то другимъ изъ своихъ существенныхъ свойствъ; онъ слѣдовательно по необходимости носитъ несовершенный характеръ (la loi internationale est donc toujours et necessairement une loi imparfaite). Международное частное право — наука жертвъ (science de sacrifices), стремящаяся найти такой принципъ гармоніи, который сохранялъ бы въ международной сферѣ за каждымъ закономъ его максимумъ дѣйствія [1]).

Но гдѣ же критерій, указывающій намъ, въ какихъ случаяхъ законъ въ интересахъ международной гармоніи долженъ жертвовать своимъ территоріальнымъ характеромъ, а въ какихъ внѣземельнымъ? Этотъ критерій, по мнѣнію Пиллье, дается соціальною цѣлью закона, единственнымъ ключемъ для разрѣшенія вопросовъ международнаго частнаго права [2]).

Принципъ этотъ авторъ оправдываетъ слѣдующими соображеніями:

1) Несмотря на все разнообразіе своихъ законодательствъ, всѣ цивилизованныя государства преслѣдуютъ однѣ и тѣ-же соціальныя цѣли; во всѣхъ странахъ мы встрѣчаемъ одни и тѣже институты — бракъ, семью, собственность, завѣщаніе, свободу договоровъ — къ поддержанію которыхъ направлены мѣропріятія законодателей. Выставляемый принципъ кажется, поэтому, автору достаточно объективнымъ для того, чтобы лечь въ основаніе системы международнаго частнаго права.

2) Если мы будемъ опредѣлять международную силу законовъ въ зависимости отъ ихъ цѣли, мы конечно обезпечимъ ихъ „максимумъ эффекта“, требуемый интересами международнаго общенія.

3) Защищаемое начало имѣетъ еще и то преимущество, что объясняетъ обязательность иностраннаго закона для территоріальнаго правительства. Признаніе цѣли иностраннаго законодателя есть не что иное какъ признаніе иностраннаго

---

[1]) J. 1894, pp. 433 — 435, 712 — 715.
[2]) J. 1894, pp. 724, 727.

суверенитета. Этимъ частное международное право сливается съ публичнымъ [1]).

Если принять критерій соціальной цѣли, законы естественно распадаются на двѣ большія группы — смотря потому, имѣютъ-ли они въ виду защиту индивидовъ (lois de protection individuelle), или же поддержаніе устоевъ самаго общества (lois de garantie sociale) [2]). Законы „индивидуальной защиты“ должны быть прежде всего внѣземельны; они имѣютъ по своей природѣ конечно и стремленіе къ территоріальности (une vocation à la territorialité), но это уже не необходимое ихъ свойство. Наоборотъ, законы соціальной гарантіи прежде всего территоріальны [3]).

Авторъ признаетъ самъ, что между двумя названными категоріями частныхъ законовъ невозможно провести рѣзкую грань. Но хотя каждый законъ содержитъ какъ индивидуальный такъ и соціальный элементъ, не подлежитъ сомнѣнію, что эти элементы сочетаются въ разныхъ законахъ самымъ различнымъ образомъ. Преобладаніе индивидуальной или соціальной цѣли и налагаетъ отпечатокъ на данный законъ.

Иногда это преобладаніе можетъ быть обнаружено безъ всякихъ затрудненій. Такъ напримѣръ, по мнѣнію Пилльe, законы, требующіе согласія родителей для вступленія въ бракъ, очевидно изданы для защиты брачущихся отъ собственнаго легкомыслія, и слѣдовательно экстратерриторіальны. Столь же безспорна соціальная цѣль территоріальныхъ законовъ, устанавляющихъ публичность перехода недвижимостей [4]).

Въ сомнительныхъ случаяхъ Пилльe предлагаетъ слѣдующіе пріемы. Иногда цѣль закона выяснится скорѣе, если установить, не въ чьихъ интересахъ онъ изданъ, а кому болѣе повредитъ его несоблюденіе. Такъ напр., отмѣна извѣстнаго правила, по которому движимости считаются собственностью

---

[1]) J. 1894 pp. pp. 728 — 730.

[2]) Journal 1894, pp. 739 — 741.

[3]) P. 742 — 743.

[4]) P. 747 — 748.

владѣльца (en fait de meubles la possession vaut titre), по мнѣнію Пилле, главнымъ образомъ потрясло бы общество, заинтересованное въ твердости и прочности гражданскаго оборота; это законъ „публичнаго кредита". Что же касается покупателя и продавца, то къ нимъ пришлось бы только примѣнить элементарное правило, по которому никто не можетъ переносить на другого больше правъ, чѣмъ имѣетъ самъ. Правило вполнѣ справедливое. Слѣдовательно, заключаетъ Пилле, разбираемый законъ носитъ соціальный и территоріальный характеръ [1]).

Другой критерій цѣли законодателя даетъ намъ, по рецепту Пилле, выясненіе вопроса, кто извлекаетъ изъ закона непосредственную пользу, индивидъ или общество? Напр., право отыскивать отца основано очевидно на покровительственномъ законѣ, только косвенно отражающемся на обществѣ и вовсе не касающемся законныхъ дѣтей. Наоборотъ, запрещеніе отыскивать отца имѣетъ цѣлью предупредить публичный скандалъ, и полезно всему обществу. Законы, регулирующіе наслѣдованіе, интересуютъ и государство и частныхъ лицъ, но все-таки прежде всего изъ этихъ законовъ извлекаетъ выгоду самъ покойный (sic) и его семья, а затѣмъ уже государство [2]).

Такимъ образомъ цѣль закона обусловливаетъ пространство его дѣйствія. Но она должна также оправдать его компетентность для регулированія того или другого юридическаго отношенія.

Защита индивидовъ должна принадлежать ихъ національному закону. Если иногда вопросы личнаго статута подчиняются закону мѣстожительства, то это только вслѣдствіе недостаточнаго пониманія покровительственнаго характера сюда относящихся нормъ. Признаніе экстратерриторіальной силы законовъ „индивидуальной защиты" только и понятно, какъ признаніе права естественно компетентнаго національнаго суверена [3]).

---

[1]) P. 750.
[2]) Journal 1894, pp. 751 — 755.
[3]) Journal 1895, pp. 241 — 248.

Для охраны интересовъ общества, для „соціальной гарантіи“, нельзя указать одинъ компетентный законъ. Точка зрѣнія феодальныхъ авторовъ, знавшихъ только одинъ территоріальный законъ — Lex rei sitae, должна быть безусловно оставлена. Сообразно съ различными соціальными цѣлями, которыя преслѣдуетъ общество, территоріальный характеръ присваивается то тому, то другому закону. Въ случаяхъ органическихъ законовъ о собственности, исключительная компетенція принадлежитъ l. rei sitae; запрещенію какой либо игры можетъ быть приданъ территоріальный характеръ только l. loci actus; lex fori одна компетентна въ охранѣ формъ процесса и т. д. Такимъ образомъ, защита интересовъ общества или публичнаго порядка лежитъ не на одномъ какомъ либо законѣ, а на всѣхъ въ предѣлахъ ихъ компетенціи [1]).

На основаніи всѣхъ вышеизложенныхъ соображеній, Пилльe предлагаетъ слѣдующимъ образомъ разрѣшить вопросы столкновенія законовъ.

I. При столкновеніи покровительственныхъ законовъ между собою, слѣдуетъ различать, заинтересованы ли лица одной или разныхъ національностей. Въ первомъ случаѣ компетентнымъ окажется, конечно, общій національный законъ, который, вслѣдствіе своего покровительственнаго характера одержитъ верхъ и надъ lex rei sitae и надъ l. loci actus. Такъ, права опекуна на заграничную недвижимость опекаемаго, сила завѣщанія относительно иностраннаго имѣнія, вексельная дѣеспособность — опредѣляются всегда по національному закону. Пилльe опредѣленно высказывается противъ мнѣнія Бара, защищающаго силу lex loci actus во имя bona fides третьихъ лицъ. Ущербъ, который терпятъ его подданные, не даетъ еще суверену право лишать иностранный покровительственный законъ полнаго дѣйствія. Единственное исключеніе, допускаемое Пилльe изъ національнаго принципа,

[1]) Journal 1895, pp. 251—258.

основано на обманныхъ дѣйствіяхъ иностранца, лишаемыхъ своего эффекта во имя абсолютной соціальной морали [1]).

Въ другихъ случаяхъ юридическое отношеніе возникаетъ между лицами разныхъ національностей. Иногда возможно примѣнить національные законы всѣхъ заинтересованныхъ лицъ, напр. дѣеспособность каждаго изъ десяти участниковъ договора опредѣляется по его личному статуту. Иногда очевидно, что покровительственный законъ изданъ въ интересахъ только одного изъ заинтересованныхъ лицъ: на этомъ основаніи опека опредѣляется исключительно по національному закону опекаемаго; права незаконнаго ребенка на наслѣдство — по національному закону наслѣдодателя, имѣвшему въ виду защитить покойнаго отъ послѣдствій необдуманной щедрости. Но главное затрудненіе возникаетъ тогда, когда покровительственные законы изданы въ интересахъ всѣхъ субъектовъ даннаго юридическаго отношенія. Иногда эти законы только различны: напр. національный законъ усыновителя расходится съ закономъ усыновляемаго въ опредѣленіи возраста усыновителя. Здѣсь примиреніе еще возможно на почвѣ наиболѣе стѣснительнаго закона. Но въ другихъ случаяхъ національные законы прямо противорѣчатъ другъ другу — напримѣръ одинъ запрещаетъ, другой разрѣшаетъ женщинамъ усыновленіе. Здѣсь Пиллье долженъ сознаться, что и его доктрина безсильна и отсылаетъ къ положительному праву [2]).

II. Конфликты между законами „соціальной гарантіи" очень рѣдки, такъ какъ эти законы, всесильные въ своей сферѣ, мало приходятъ въ соприкосновеніе другъ съ другомъ. Столкновеніе мыслимо лишь, когда какой нибудь территоріальный законъ выдвигаетъ свой экстратерриторіальный характеръ, что наблюдается напр. при конфликтѣ законовъ о національности, основанныхъ на jus sanguinis или на jus soli, и при столкновеніи уголовныхъ законовъ. Здѣсь

[1]) Journal 1895, pp. 500—504.
[2]) Journal 1895, pp. 504—508.

раціональное рѣшеніе, конечно, невозможно и судья примѣняетъ lex fori [1]).

III. За то разрѣшеніе случаевъ конфликтовъ покровительственныхъ законовъ съ законами соціальной гарантіи не представляетъ затрудненій. Очевидно, что территоріальный интересъ общества побѣждаетъ экстратерриторіальныя тенденціи законовъ, защищающихъ частные интересы [2]).

Пилле называетъ свой методъ близкимъ къ методу Савиньи, а результаты близкими къ результатамъ новѣйшей итальянской школы. Онъ расходится, однако, съ этой послѣдней въ слѣдующихъ 4 пунктахъ:

1) Экстратерриторіальность закона нисколько не зависитъ отъ „естественнаго права" индивида требовать всюду признанія своей національности. Не законъ получаетъ свою внѣземельную силу отъ лица, а лицо основываетъ свои права на внѣземельномъ, вслѣдствіе своей цѣли, законѣ.

2) Субъектами международнаго частнаго права являются не націи, а государства.

3) Итальянскіе законы публичнаго порядка носятъ всѣ характеръ извѣстной важности (importance). Для Пилле каждый самый незначительный законъ относится къ нормамъ соціальной гарантіи, разъ онъ только непосредственно интересуетъ государство.

4) Наконецъ Пилле рѣшительно высказывается противъ преувеличеннаго значенія, придаваемаго итальянской доктриной волѣ сторонъ [3]), и объясняемаго смѣшеніемъ законовъ частнаго порядка съ законами факультативными. Воля сторонъ не можетъ дерогировать не только законамъ публичнаго порядка, но и вообще всѣмъ обязательнымъ нормамъ, хотя бы регулирующимъ частныя отношенія; затѣмъ нѣтъ никакого основанія придавать волѣ сторонъ въ международной сферѣ такую свободу, которой она не имѣетъ внутри

---

[1]) Journal 1895, pp. 511—514.
[2]) Journal 1895, pp. 514—515.
[3]) Journal 1894, pp. 745—747.

государства. Поэтому въ обязательственномъ правѣ слѣдуетъ различать: a) законы факультативные внутри государства, которые и внѣ предѣловъ подчиняются волѣ сторонъ, b) обязательные законы публичнаго порядка, c) обязательные законы частнаго порядка. Конфликты между обязательными законами разрѣшаются по общему правилу, исходя изъ критерія соціальной цѣли [1]).

Мы уже видѣли, что принципъ цѣли не даетъ раціональнаго разрѣшенія всѣхъ случаевъ столкновенія законовъ. Въ особенности же не поддается классификаціи Пиллье знаменитое правило locus regit actum, которое признается самимъ авторомъ не болѣе какъ „счастливой реакціей положительнаго права на доктрину“ [2]).

Методъ Пиллье нельзя назвать совершенно новымъ. Авторъ самъ признаетъ, что выставляемый имъ принципъ руководилъ уже статутаріями, и что „природа вещей“ Бара весьма часто сливается съ цѣлью закона. Оригинальностью новой системы является лишь то, что этотъ принципъ цѣли, неизбѣжно ведущій къ субъективному, выдается за объективное, за безусловно „международное“ начало. Но этого то и не удалось доказать автору, не смотря на все остроуміе его аргументаціи.

Пиллье, какъ мы видѣли, разбиваетъ законы на двѣ большія группы въ зависимости отъ ихъ цѣли. Онъ принужденъ однако сознаться, что рѣзкую, точную грань между законами, защищающими частные интересы и публичный порядокъ, провести невозможно. Пріемы, предлагаемые для ихъ различенія, совершенно схоластичны и представляютъ только новое и любопытное приложеніе извѣстнаго пріема статутаріевъ: какъ эти послѣдніе старались открыть, что законъ имѣлъ „главнымъ образомъ“ въ виду, такъ и Пиллье въ сомнительныхъ случаяхъ ищетъ „непосредственной“ цѣли закона. Мы уже видѣли, при разборѣ теоріи статутовъ, насколько такой методъ произволенъ, и новыя приложенія его,

---

[1]) Journal 1895, pp. 938—944.

[2]) Journal 1895, p. 236.

дѣлаемыя Пиллье, только подкрѣпляютъ высказанныя нами соображенія. Достаточно напомнить, что, по мнѣнію автора, запрещеніе отыскивать отца есть норма соціальной гарантіи, а обезпеченіе права отыскивать родителя почему то только затрогиваетъ индивидуальные интересы. Трудно также понять, почему отмѣна правила „en fait de meubles la possession vaut titre" касается скорѣе общества, чѣмъ индивида. Намъ кажется, что такая отмѣна одинакова чувствительна для того и другого.

Признакъ соціальной цѣли не даетъ объективнаго неизмѣннаго критерія для классификаціи законовъ. Концентрическіе круги нормъ публичнаго и частнаго порядка расширяются и съуживаются въ каждомъ государствѣ въ зависимости отъ территоріальныхъ особенностей. Что по одну сторону Пиринеевъ считается только покровительственнымъ закономъ, по другую признается за основу публичнаго порядка. Пиллье ссылается на приблизительную тождественность соціальныхъ институтовъ. Но изъ того, что два государства признаютъ бракъ, еще не слѣдуетъ, что они сходятся во взглядѣ на значеніе для общества того или другого его элемента. Италія, напр., считаетъ неразрывность брачнаго союза закономъ соціальной гарантіи; Франція измѣнила этому взгляду.

Не нужно поэтому удивляться, что практически методъ Пиллье не даетъ новыхъ результатовъ. Когда законы заинтересованныхъ государствъ сходятся въ своихъ цѣляхъ, автору не трудно, конечно, ихъ комбинировать; но въ случаяхъ дѣйствительнаго столкновенія, предлагаемыя рѣшенія обосновываются далеко не безспорнымъ образомъ.

Во первыхъ, покровительственные законы всегда уступаютъ законамъ соціальной гарантіи, что даетъ (какъ въ итальянской теоріи) произвольную возможность лишать или не лишать первые законы экстратерриторіальной силы. Авторъ опредѣляетъ, напр., вексельную дѣеспособность по національному закону; можно спросить, почему здѣсь покровительственный законъ одерживаетъ верхъ надъ постановленіями

l. loci actus, очевидно изданными съ соціальною цѣлью обезпеченія надежности гражданскаго оборота?

Во вторыхъ, при разрѣшеніи большинства случаевъ столкновеній покровительственныхъ законовъ между собою, какъ при всѣхъ таковыхъ же конфликтахъ законовъ соціальной гарантіи, субъективность принципа Пиллье настолько очевидна, что авторъ прямо отказывается отъ раціональнаго рѣшенія вопроса.

Главная заслуга Пиллье заключается въ томъ, что онъ выяснилъ, что каждому закону свойственна какъ территоріальная, такъ и экстратерриторіальная тенденція. Но разъ это признается, то тщетно искать ограниченія той или другой тенденціи въ природѣ того же закона. Эти ограниченія даются высшей идеей международнаго общенія.

Такимъ образомъ, попытка Пиллье имѣетъ чисто отрицательное, хотя и весьма важное значеніе. Она окончательно установила, что противопоставленіе нормъ публичнаго и частнаго порядка не можетъ лечь въ основаніи системы международнаго частнаго права, какъ объективный критерій.

§ 12. Цительманъ[1]).

Въ самое послѣднее время появилось большое сочиненіе Цительмана, посвященное философіи международнаго частнаго права.

Авторъ различаетъ „надгосударственное“ (überstaatliches International Privatrecht) международное частное право отъ внутренняго (innerstaatliches International Privatrecht), т. е. содержащагося въ томъ или другомъ территоріальномъ законодательствѣ. Основной принципъ перваго дедуцируется изъ высшихъ началъ публичнаго международнаго права (Zitelmann I, p. 78).

Субъективное частное право возникаетъ или путемъ велѣнія, обращеннаго къ какому нибудь частному лицу и опредѣляющаго его образъ дѣйствій относительно другого (права

---

[1]) Ernst Zitelmann. Internationales Privatrecht I, 1897. II. 1898.

относительныя); или же оно создается посредствомъ общихъ запретовъ (allgemeine Störungsverbote), такъ что извѣстное количество возможныхъ дѣяній выдѣляется изъ общей свободы дѣйствій и монополизируется въ пользу опредѣленнаго лица (права абсолютныя) (I, p. 48—49). И въ томъ и въ другомъ случаѣ, субъективное частное право есть правомочіе, дарованное закономъ государства. Очевидно, что частное правомочіе (rechtliche Macht) можетъ создать только то государство, которое само имѣетъ власть (Herrschaft) надъ содержаніемъ этого правомочія. Для международнаго же признанія субъективнаго частнаго права необходимо, чтобы эта власть признавалась не только самимъ этимъ государствомъ, но и всѣми остальными (Zitelmann I, pp. 54—71).

Такимъ образомъ, компетентное государство должно властвовать не надъ дестинатаріемъ права, а надъ его объектомъ (I, p. 70). Проблема международнаго частнаго права сводится поэтому къ разграниченію сферъ господства (Herrschaftsbereiche) отдѣльныхъ государствъ (I, 77), разграниченію, которое должно совершаться на почвѣ взаимнаго признанія ихъ равенства и суверенитета (I, 79—81).

Власть каждаго государства имѣетъ какъ личный, такъ и территоріальный характеръ. Какъ отечество, государство господствуетъ надъ содержаніемъ всѣхъ дѣйствій (Handlungsinhalte), сводящихся къ властвованію надъ его подданными; какъ отечество же, оно можетъ обязывать подданныхъ къ положительнымъ или отрицательнымъ дѣйствіямъ. Въ территоріальномъ верховенствѣ государства слѣдуетъ различать господство на территоріи и господство надъ территоріей [1]); въ силу перваго, государство можетъ запрещать и разрѣшать всѣ дѣйствія (Handlungsinhalte) на своей территоріи и обращаться съ велѣніями ко всѣмъ лицамъ (даже иностранцамъ), пребывающимъ на оной; въ силу второго, государство властвуетъ надъ содержаніемъ всѣхъ дѣйствій (даже совершаемыхъ за

---

[1]) Herrschaft auf dem Gebiet und Herrschaft über das Gebiet I, p. 94.

границей), имѣющихъ территорію и находящіяся на ней лица и вещи своими объектами.

Конфликты между этими различными видами государственнаго властвованія разрѣшаются на основаніи слѣдующихъ соображеній.

Личное верховенство въ принципѣ сильнѣйшая сила (Die Personalhoheit gilt als die stärckere Gewalt), и уступаетъ передъ территоріальнымъ только въ случаѣ требованія публичнаго порядка (I, p. 98). Поэтому, всѣ права, имѣющія своимъ содержаніемъ господство надъ лицомъ, опредѣляются по національному закону этого послѣдняго, и территоріальное государство должно признать всѣ запреты, изданные отечествомъ лица, въ обезпеченіе этого господства (Störungsverbote)—исключая лишь случай нарушенія его публичнаго порядка (I, 114—116). Затѣмъ, одно національное государство можетъ обязывать своихъ подданныхъ къ совершенію особыхъ дѣйствій, и создавать такимъ образомъ относительныя права. Власть же территоріальнаго государства проявляется лишь въ охранѣ имъ созданныхъ абсолютныхъ правъ, которая дѣйствуетъ и противъ иностранцевъ (I, 98; 107—112).

Возможенъ также конфликтъ между двумя территоріальными верховенствами. Государство господствуетъ надъ всѣми дѣйствіями, совершающимися на его территоріи, поскольку содержаніе ихъ не нарушаетъ суверенныхъ правъ другого государства надъ его территоріей; но государство не обязано уважать всѣ права, возникающія на другой территоріи (I, 101—103, 116—119).

Другими словами: государство можетъ создать субъективное частное право въ пользу любого лица: 1) либо черезъ велѣнія обращенныя къ подданнымъ (Leistungsbefehle), 2) либо черезъ дарованіе кому бы то ни было гражданско-правовой власти или надъ собственными подданными, или надъ движимостями и недвижимостями, находящимися въ его границахъ, или наконецъ, для совершенія любого дѣйствія на его территоріи (I, 120), не представляющаго признаковъ властвованія надъ

подданными или территоріей другого государства. Такимъ образомъ, по мнѣнію Цительмана, вопросъ о возникновеніи или потерѣ даннаго субъективнаго права рѣшается всегда по закону государства, которое одно имѣло международно признанную правовую власть (Völkerrechtlich anerkannte Rechtsmacht) создать и отнять такое право (I, 122).

Сужденія Цительмана, подчасъ довольно сбивчивыя и запутанныя, претендуютъ на открытіе ключа къ разрѣшенію международныхъ конфликтовъ. По нашему же крайнему разумѣнію, можно видѣть въ ученіи автора только новое изданіе теоріи статутовъ. Дѣйствительно если вдуматься въ разграниченіе, предлагаемое авторомъ, то окажется, что оно, предполагаетъ возможность трехграннаго дѣленія законовъ по объектамъ: лицамъ, вещамъ и дѣйствіямъ. „Личное верховенство есть господство надъ лицомъ“ (Personalhoheit ist Herrschaft über die Person, I, p. 115). Личный статутъ (Personalstatut) отличается поэтому отъ реальнаго (Sachstatut), касающагося непосредственно (sic) вещей (I, p. 133), и отъ территоріальнаго (Gebietsstatut), имѣющаго объектомъ не непосредственно лица или вещи (I, p. 135—136). Вся разница между этимъ ученіемъ и статутарной теоріей заключается въ томъ, что, въ случаѣ личныхъ правъ, здѣсь компетентнымъ является не государство управомоченнаго, но правообязаннаго субъекта, такъ какъ оно одно имѣетъ силу реализовать свою компетенцію.

Цительманъ задаетъ себѣ самъ вопросъ, не впадаетъ ли онъ въ безъисходный кругъ? Онъ понимаетъ, что выводъ компетентнаго статута изъ характера спорнаго субъективнаго права есть въ нѣкоторомъ родѣ ὕςτερον πρώτερον, такъ какъ этотъ характеръ можетъ выясниться только послѣ опредѣленія компетентнаго права. Авторъ думаетъ однако избѣжать этой логической ошибки, такъ какъ онъ де дѣлитъ субъективныя права по роду государственнаго властвованія, изъ котораго они вытекаютъ [1]). Если однако обратиться къ частному при-

[1]) I, 122—124; p. 124: „Wir teilen die subjektiven Rechte je nach der Art der staatlichen Herrschaft ein, aus der sie ableitbar sind“.

13*

мѣненію его теоріи, то мы находимъ, наоборотъ, полное господство гражданскаго права надъ государственнымъ. Сгущая свои идеи, авторъ называетъ компетентный статутъ „Wirkungsstatut“, и предлагаетъ для нахожденія его обращаться къ тому правовому дѣйствію (Rechtswirkung), о наступленіи котораго идетъ споръ (I, 125—141).

Мысль автора съ особенной ясностью выступаетъ въ части его труда, посвященной юридическимъ сдѣлкамъ. „Если“ говоритъ онъ „спорное дѣйствіе (behauptete Wirkung) должно состоять въ возникновеніи, перенесеніи или прекращеніи вещнаго права, то компетентнымъ является реальный статутъ; если имѣется въ виду дѣйствіе по обязательству — компетентенъ личный статутъ должника; если наслѣдственное — личный статутъ наслѣдодателя и т. д.“ (II, 136).

И дѣе- и правоспособность лицъ, по теоріи Цительмана, зависитъ отъ „статута дѣйствія“ (Wirkungsstatut). Одно и то же лицо будетъ считаться то совершеннолѣтнимъ, то несовершеннолѣтнимъ, смотря по тому, идетъ-ли рѣчь о пріобрѣтеніи имъ вещнаго, обязательственнаго или наслѣдственнаго права (II, 74—75). Одно и то же лицо можетъ считаться (и даже въ томъ же государствѣ) то живымъ, то мертвымъ, смотря по тому, о какомъ правѣ идетъ рѣчь, напримѣръ, о правѣ наслѣдовать имущество предполагаемаго умершимъ, или о правѣ оставшагося супруга вступить во второй бракъ (II, 91, 104); въ первомъ случаѣ вопросъ о дѣйствительности объявленія умершимъ рѣшитъ личный законъ этого послѣдняго, во второмъ личный законъ оставшагося супруга. — Существованіе юридическаго лица рѣшается каждымъ государствомъ отдѣльно для каждаго обсуждаемаго права (II, 113).

Теорія Цительмана о Wirkungstatut выставляется имъ какъ нѣчто новое; на самомъ же дѣлѣ она есть ничто иное, какъ дальнѣйшее развитіе теоріи — Бургундуса. Мы видѣли, что этотъ авторъ еще въ XVII вѣкѣ выводилъ характеръ

статута изъ свойства спорнаго права [1]). Цительманъ думаетъ, что эта теорія предупреждаетъ всякіе конфликты; на мой взглядъ она увеличиваетъ ихъ количество. Вмѣсто желаемаго единства, она неминуемо приводитъ къ раздору. Современная наука стремится къ отвоеванію каждому человѣку одного юридическаго статуса въ предѣлахъ всего международнаго общенія, а не къ установленію положенія, при которомъ даже фактъ жизни или смерти лица будетъ обсуждаться различно въ зависимости отъ спорнаго правоотношенія.

„Надгосударственному“ международному частному праву Цительманъ противополагаетъ законы отдѣльныхъ государствъ о международномъ частномъ правѣ (Innerstaatliches Internationales Privatrecht). Эти законы являются или „нормами коллизій“ (Kollisionsnormen), которыя могутъ-быть различными для каждаго государства; совпаденіе ихъ чисто случайное, и не можетъ выводиться изъ общаго международнаго „обычнаго“ права, такъ какъ такого обычнаго права не существуетъ. Такъ напр., правило „locus regit actum“ принято во многихъ законодательствахъ, но отсюда никакъ не слѣдуетъ его обязательность для непринявшихъ его государствъ (I, 158 — 160; I, 196 — 197).

Но кромѣ Kollisionsnormen существуютъ еще „subsidiäre Anwendungsnormen“, т. е. нормы, предписывающія примѣненіе международнаго права. Эти нормы чисто формальнаго свойства, конечно, тождественны во всѣхъ законодательствахъ (I, 197 — 198).

Между „нормами коллизій“ и международнымъ правомъ возможны конечно противорѣчія; изъ превышенія отдѣльными нормами своей компетенціи и возникаютъ всѣ конфликты международнаго права. Нормы же „субсидіарнаго примѣненія“ только санкціонируютъ международное право (I, 202—204).

---

[1]) Цительманъ совершенно игнорируетъ какъ статутаріевъ вообще, такъ въ частности Бургундуса. Авторъ вообще довольно пренебрежительно относится къ „Citatenbalast'у“ и находитъ, что его книга настолько самостоятельна, что было бы излишне считаться съ чужими мнѣніями, I, 27—28.

Каждое государство обязано отмѣнять свои нормы коллизій, противныя международному праву. Толкованіе же существующихъ нормъ должно совершаться на основаніи принципа равенства государствъ, однако, со слѣдующимъ ограниченіемъ: нормы, основывающія компетенцію туземнаго закона на извѣстномъ отношеніи къ нашему государству, предполагаютъ примѣненіе иностраннаго закона, если имѣется на лицо такое же отношеніе къ иностранному государству; но въ такой распространительной силѣ должно отказывать нормамъ коллизій, имѣющимъ въ виду расширить компетенцію одного туземнаго права [1]).

Намъ кажется, что такое исключеніе изъ принципа взаимности несправедливо и крайне опасно, такъ какъ оно подрываетъ въ корнѣ этотъ самый принципъ, подчиняя его примѣненіе произвольному толкованію закона.

Пробнымъ камнемъ каждой теоріи международнаго частнаго права является отношеніе ея къ знаменитой теоріи публичнаго порядка. Резюмируемъ поэтому подробныя разсужденія Цительмана по этому вопросу (I, 317 — 380).

Авторъ выдвигаетъ понятіе „нормы исключенія“ (Vorbehaltsklausel), т. е. нормы, устанавливающей исключеніе изъ общихъ нормъ международнаго частнаго права, принятыхъ даннымъ государствомъ. Норма эта считается видомъ нормы коллизій (Kollisionsnorm), и слѣдовательно должна бы имѣть только субъективное, территоріальное значеніе. Однако, авторъ считаетъ нужнымъ дать общую конструкцію своихъ исключительныхъ законовъ. Отвергая понятіе публичнаго порядка, (съ которымъ онъ, впрочемъ, раньше оперировалъ), онъ от-

---

[1]) Такъ Art. 22 E. G. Abs. 1 новаго герм. кедекса опредѣляетъ узаконеніе ребенка, отецъ котораго въ моментъ узаконенія нѣмецъ, по германскому закону; Abs. 2 требуетъ для узаконенія германскаго ребенка иностраннымъ отцомъ согласія перваго; изъ Abs. 1, по мнѣнію Цительмана, слѣдуетъ, что къ узаконенію дѣтей иностранными отцами примѣнимо, національное право этихъ послѣднихъ; но Abs 2 не получаетъ распространительнаго толкованія: если отецъ нѣмецъ, онъ можетъ узаконять иностраннаго ребенка безъ его согласія (I, p. 236 — 237).

вергаетъ примѣненіе компетентнаго закона въ случаяхъ нарушенія имъ: 1) нравственности, 2) туземнаго права и 3) международнаго права.

1. Иностранная норма не примѣняется вслѣдствіе своей безнравственности. Безнравственность эта бываетъ двоякаго рода:

Или какое нибудь право безнравственно по самому своему содержанію, при чемъ возможно: а) что безнравственно уже самое дѣйствіе (Leistung), составляющее объектъ права [1]), b) что безнравственно лишь принудительное осуществленіе (Erzwingung) этого права (напр. принужденіе къ вступленію въ орденъ или бракъ). (I, 339 — 341).

Или же право кажется намъ безнравственнымъ лишь по своему основанію, т. е. потому, что оно вытекаетъ именно изъ данныхъ фактическихъ отношеній. И здѣсь безнравственность можетъ заключаться либо въ самомъ исполненіи обязанности (Leistung), (напр. при договорѣ о внесеніи денежнаго пая для совершенія преступленія), либо въ принудительномъ осуществленіи этой обязанности (требованіе уплаты карточнаго долга). (I, 341 — 350).

Но одной безнравственности иностранной нормы недостаточно для ея исключенія: нужно, чтобы самое ея примѣненіе было безнравственно. Здѣсь авторъ проводитъ новыя различія:

а) Нашъ судъ никогда не признаетъ права, непосредственно основывающагося на иностранной безнравственной нормѣ.

b) Суду можетъ также приходиться примѣнить иностранную безнравственную норму только для разрѣшенія преюдиціальнаго вопроса. Примѣненіе это не имѣетъ мѣста лишь въ случаѣ, если оно могло бы повредить интересамъ государства суда. Наличность такого вреда зависитъ, отъ отношенія (обыкновенно территоріальнаго) иностраннаго права къ нашему государству. Если безнравственный юридическій эффектъ (Rechtswirkung) наступилъ послѣ возникновенія этого отношенія, мы считаемъ его несуществующимъ (напр. не признаемъ по-

[1]) Напримѣръ, при договорѣ о совершеніи кражи.

становленнаго за границей безнравственнаго развода иностранцевъ, живущихъ на нашей территоріи). Если же этотъ эффектъ наступилъ до установленія связи съ нашей территоріей, то нужно различать, безнравственъ-ли онъ только своимъ наступленіемъ (Eintreten), или самымъ продолженіемъ (Fortdauer)? Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ почти всегда случаи прекращенія (Erlöschen) правоотношенія; здѣсь мы можемъ признать нравственнымъ состояніе, являющееся послѣдствіемъ этого безнравственнаго прекращенія; разводъ, данный за границей иностранцамъ, можетъ быть, былъ безнравственъ: состояніе разведенныхъ супруговъ должно тѣмъ не менѣе у насъ признаваться. Длящаяся же безнравственность возможна только при случаяхъ пріобрѣтенія (Erwerb) какого нибудь права. Въ этихъ случаяхъ слѣдуетъ строго различать вещныя права отъ правъ личныхъ и обязательственныхъ. Вещныя права ни нравственны, ни безнравственны, а „нейтральны"; разъ напр. возникло право собственности, то оно должно признаваться всюду, независимо отъ безнравственности своего основанія [1]). Обязательство же никогда не можетъ быть отдѣлено отъ своего основанія или цѣли (Entstehungsgrund). Безнравственность этой цѣли дѣлаетъ безнравственнымъ не только возникновеніе, но и существованіе (Bestehen) облигаціи. Поэтому, какъ только установляется какая-нибудь связь облигаціи съ нашей территоріей мы должны отказать ей въ признаніи, не только когда она по своему содержанію, но и по основанію кажется намъ безнравственной (I, p. 361 — 365).

Личныя права тоже безнравственны либо по содержанію (рабство), либо по основанію (второй бракъ при продолженіи перваго). Мы признаемъ такія права только, пока они не имѣютъ никакого отношенія къ нашей территоріи. Мы не можемъ отрицать эффектовъ рабства въ иностранномъ государствѣ, но не признаемъ ихъ у насъ. Если турокъ живетъ въ Турціи въ полигамическомъ бракѣ, то германскіе суды бу-

[1]) Das Eigenthum wird auf die dunklen Puncte seiner Vergangenheit hin ninсht ehr geprüft, I, 360).

дутъ считать законными сыновей всѣхъ его женъ. Если же турокъ является въ Германію съ двумя женами, то только первая (по времени) считается законною, а дѣти второй, рожденныя въ Германіи или даже въ Турціи, не будутъ допущены къ наслѣдованію. Но разъ первая жена умретъ, то вторая вступаетъ въ свои права, такъ какъ исчезло основаніе, дѣлавшее безнравственными эти права: существованіе другого брака.

c) Туземныя власти отказываютъ въ своемъ содѣйствіи для созданія правъ, считаемыхъ у насъ безнравственными (напр. не вѣнчаютъ брата съ сестрою) (I, 366—368).

2. Компетентное иностранное право не примѣняется также, когда оно нарушаетъ туземное [1]). Авторъ не думаетъ, чтобы возможно было найти формулу, характеризующую всѣ случаи такого нарушенія. Все дѣло здѣсь сводится къ интерпретаціи туземнаго закона, къ выясненію его цѣли.

3. Наконецъ, по мнѣнію Цительмана, иностранное компетентное частное право не примѣняется въ случаяхъ, когда оно нарушаетъ международное право (напр. ограничиваетъ правоспособность христіанъ) (I, 378—380).

Намъ думается, что и Цительману не удалось дать объективное мѣрило нормъ публичнаго порядка. Безнравственно ли вообще право, и безнравственно ли оно по содержанію, или по основанію, по объекту или по способу осуществленія—всѣ эти вопросы разрѣшаются территоріальнымъ законодательствомъ.

Классификація же признаваемыхъ и непризнаваемыхъ эффектовъ отвергаемаго въ принципѣ института намъ кажется хотя и остроумной, но крайне произвольной и схоластичной. Признавая прекращеніе (Erlöschen) правоотношенія, которое на нашъ взглядъ не должно прекращаться, мы реализируемъ иностранную безнравственную норму. И если вещныя права „нейтральны", то непонятно, почему личныя „безнравственныя" права для своего признанія у насъ не должны имѣть никакого отношенія къ нашей территоріи.

[1]) Vorbehalt wegen Verstosses gegen inländisches Recht, I. 368—378.

Почему, спрашивается, всѣ дѣти отъ полигамическаго брака могутъ наслѣдовать въ Германіи, пока семья живетъ въ Турціи, и, наоборотъ, лишаются наслѣдства, если семья переселится въ Германію? Намъ кажется, что и въ томъ, и въ другомъ случаѣ германскій судья признаетъ эффектъ недозволеннаго правоотношенія.

Критика идеи международнаго общенія.

Основною идеею германской школы является сознаніе юридической солидарности между государствами, иначе говоря реальности международнаго общенія. Эта идея, просвѣчивающая уже у Шеффнера, опредѣленно формулируется Савиньи и Баромъ и принимается всѣми иностранными писателями, примыкающими къ разбираемому направленію. Второе достоинство школы Савиньи въ ея методѣ, ставящемъ опредѣленіе компетентнаго территоріальнаго закона въ зависимость отъ изученія сущности каждаго отдѣльнаго юридическаго отношенія.

Мы видѣли, однако, что самъ родоначальникъ германской школы значительно уклонился отъ своего объективнаго базиса, и тотъ же упрекъ въ большей или меньшей степени заслуживаютъ почти всѣ его послѣдователи. Отождествленіе идеи международнаго общенія съ принципомъ „природы вещей“ повлекло за собою неизбѣжныя уклоненія въ сторону субъективизма.

Принципъ „Natur der Sache“, какъ справедливо замѣчаетъ Клеппель [1]), есть не что иное, какъ возвращеніе къ естественному праву. Всѣ системы естественнаго права претендовали на внутреннюю разумность (innere Vernunftmässigkeit), о которой говоритъ Баръ, и въ результатѣ только отражали индивидуальныя воззрѣнія извѣстныхъ авторовъ. Въ области международнаго частнаго права принципъ естественной справедливости, какъ мы видѣли, слился съ идеей осуществленія цѣлей отдѣльнаго государства.

---

[1]) Klöppel, Die leitenden Grundsätze des internationalen Privatrechts, въ Böhm's Zeitschrift, Bd. I, s. s. 34—48.

Разработка деталей нашей науки убѣждаетъ въ полной невозможности руководиться территоріальными цѣлями при разрѣшеніи международныхъ вопросовъ. Цѣль закона подскажетъ вѣрное рѣшеніе лишь тогда, когда она совпадаетъ съ цѣлями другихъ заинтересованныхъ законовъ; въ этомъ случаѣ мы руководимся, однако, уже не цѣлью одного государства. Въ случаѣ же столкновенія цѣлей различныхъ законодательствъ, методъ этотъ безсиленъ, какъ это должны признать и Баръ, и Ассеръ и Пиллье.

Значеніе принципа цѣли закона обнаруживается особенно наглядно, если его сравнить со взглядами на понятіе публичнаго порядка въ различныхъ системахъ германской школы.

Савиньи не возвелъ различія нормъ частнаго и публичнаго порядка въ основной принципъ. Классъ принудительныхъ законовъ служитъ ему однако, по типичному выраженію Бара (Bar I, s. 92), „домашнимъ и вспомогательнымъ средствомъ“ (Hülfs- und Hausmittel); и средство это ему необходимо для разрѣшенія случаевъ, не поддающихся раціональному разграниченію. Самъ Баръ еще болѣе напираетъ на исключительный характеръ законовъ публичнаго порядка, но и онъ пользуется вышеупомянутымъ „домашнимъ средствомъ“, только въ нѣсколько измѣненномъ видѣ: его законы о правоспособности основаны на тѣхъ же политическихъ и соціальныхъ мотивахъ; его подчиненіе отношенія послѣднему касающемуся его законодательству часто можетъ привести къ преобладанію lex fori, не основанному на раціональныхъ основаніяхъ и, во всякомъ случаѣ, не согласующему цѣли различныхъ заинтересованныхъ государствъ.

Броше и Деспанье различаютъ внутренній и международный публичный порядокъ. Подъ нормами перваго они разумѣютъ абсолютные законы, дѣйствующіе въ предѣлахъ своей компетенціи; подъ нормами второго—законы, врѣзывающіеся въ сферу компетенціи иностранныхъ законовъ. Въ этой системѣ столкновеніе цѣлей законовъ разрѣшается соотвѣтственно принадлежности ихъ къ той или другой ка-

тегоріи публичнаго характера. Очевидно, здѣсь только подставляется x вмѣсто y. Законъ международнаго публичнаго порядка не имѣетъ ни малѣйшаго права на преобладаніе надъ закономъ внутренняго публичнаго строя. И это потому, что первая категорія lois d'ordre public international, выставляемая Деспанье, содержитъ правила, общія всѣмъ цивилизованнымъ народамъ (напр. запрещеніе браковъ между братомъ и сестрою), и слѣдовательно, безполезна за невозможностью столкновеній. Поскольку же эти „абсолютныя" нормы будутъ примѣняться къ подданнымъ странъ другой цивилизаціи, онѣ будутъ настолько же произвольны, какъ и правила двухъ послѣднихъ категорій Деспанье. Вѣдь эти послѣднія прямо основаны на субъективныхъ воззрѣніяхъ территоріальнаго государства, которое получаетъ такимъ образомъ возможность вторгаться совершенно произвольно въ сферу иностранныхъ законовъ, дѣйствующихъ въ предѣлахъ своей компетенціи! Очевидно, что преобладаніе такъ называемаго международнаго надъ внутреннимъ порядкомъ ни на чемъ не основано.

Въ системѣ Пилльe „природа вещей" уже прямо замѣняется цѣлью закона, которая автору кажется достаточно объективнымъ началомъ, чтобы лечь въ основѣ международнаго частнаго права. Результаты, къ которымъ приходитъ авторъ, весьма поучительны, такъ какъ вполнѣ сливаются съ положеніями итальянской школы. Группируя нормы по цѣли, Пилльe противополагаетъ національные законы законамъ о соціальной гарантіи, сознаваясь при этомъ, что не существуетъ никакого точнаго критерія для ихъ различія, и что каждому закону свойственны и территоріальныя и экстратерриторіальныя тенденціи. Такимъ образомъ, доктрина Савиньи отошла настолько далеко отъ своего основного принципа, что встрѣтилась съ доктриной Манчини!

Савиньи можно также упрекнуть въ томъ, что онъ преувеличилъ значеніе воли сторонъ, и этимъ создалъ для своей школы новую опасность слиться съ итальянской. Къ счастью,

въ этомъ отношеніи послѣдователи германскаго ученаго проявили больше самостоятельности, и почти всѣ очень рѣшительно высказываются противъ признанія индивидуальной воли въ области международнаго права, субъекты котораго — одни государства [1]).

Недостаточность и произвольность цѣлевого метода не ускользаетъ отъ самихъ его сторонниковъ. Нѣкоторыя рѣшенія они принуждены основывать на „реальной необходимости“ (Bar), или просто на международномъ обычномъ правѣ, которое въ такихъ случаяхъ называется „счастливой реакціей на доктрину“ (Pillet). Ассеръ особенно напираетъ на необходимость единообразнаго разрѣшенія конфликтовъ законовъ. Съ особенной же ясностью идея международнаго общенія выступаетъ въ трудѣ Ф. Ф. Мартенса, хотя и нашъ ученый не чуждъ цѣлевого метода и удерживаетъ категорію законовъ публичнаго порядка.

---

[1]) См. въ особенности Bar и Pillet; Contra Asser.

Отдѣлъ второй.

Источники международнаго частнаго права.

§ 1. Положительный характеръ международнаго частнаго права.

Главнымъ виновникомъ неудачи всѣхъ попытокъ построить систему международнаго частнаго права является старый, но все еще опасный врагъ науки правовѣдѣнія—идея естественнаго права. Въ той или другой формѣ эта идея проглядываетъ во всѣхъ разобранныхъ нами теоріяхъ.

Подробная критика идеи естественнаго права завела бы насъ, конечно, слишкомъ далеко, да и не входитъ въ рамки нашего труда. Мы воиспроизведемъ, однако, нѣкоторыя положенія классическаго труда Бергбома[1]), которыя мы принимаемъ вполнѣ и кладемъ въ основаніе нашихъ дальнѣйшихъ разсужденій.

Бергбомъ доказываетъ какъ нельзя болѣе убѣдительно, что дуализмъ въ правѣ немыслимъ, что на ряду съ положительнымъ нѣтъ мѣста никакому идеальному, философскому или естественному праву. Естественное право не можетъ служить для восполненія пробѣловъ (Lücken) положительнаго, такъ какъ, по самому своему понятію, положительное право не содержитъ пробѣловъ: оно охватываетъ сферу отношеній,

---

[1]) C. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892.

вокругъ которой находится т. наз. не-юридическое пространство (rechtsleerer Raum), содержащее отношенія, не имѣющія никакого юридическаго значенія (res merae facultatis); восполненіе этого пространства было бы противно намѣреніямъ положительнаго права. Что же касается „пробѣловъ“ внутри охваченной положительнымъ правомъ сферы, то они могутъ быть восполнены только путемъ логическаго распространенія этого самаго права, а никакъ не путемъ введенія инородной матеріи. Право, какъ мало предметовъ оно бы ни регулировало, всегда есть нѣчто цѣльное, самодовлѣющее, не имѣющее пробѣловъ[1]). „Внутри контуровъ положительнаго права можетъ находится только логически однородное, т. е. только положительное право[2]).

Положительное и идеальное право не восполняютъ, а исключаютъ другъ друга. Если допустить существованіе идеальнаго права, то оно должно охватить въ своемъ логическомъ развѣтвленіи всѣ тѣ спеціальныя отношенія, которыя уже регулированы положительнымъ. Если же положительное и естественное право расходятся въ какой либо своей части, то приходится отрицать юридическій характеръ либо того, либо другого права въ этой части, ибо одна и та же норма не можетъ одновременно быть и не быть правомъ[3]).

Посредствомъ блестящей аргументаціи, Бергбомъ доказываетъ затѣмъ, что естественное право не обладаетъ вовсе приписываемыми ему отличительными качествами. Естественное право не вѣчно и не абсолютно, такъ какъ не существуетъ нормальнаго неизмѣннаго типа столкновеній человѣческихъ интересовъ, разрѣшеніе которыхъ составляетъ вѣдь

---

[1]) Bergbohm, l. c., s. s. 367—384; p. 385: Ein Recht, und wenn es fast nichts an geregelten Stoffen umfasst, ist etwas allemal in lückenloser Ganzheit Dastehendes. Es bedarf niemals der Ausfüllung von aussen her, denn es ist jeden Augenblick voll, weil seine innere Fruchtbarkeit seine logische Expansionskraft im eigenen Bereich jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurtheilen deckt.

[2]) Bergbohm, l. c., s. 389.

[3]) l. c., s. 403.

цѣль всякаго права. Естественное право нельзя назвать ни необходимымъ (nothwendig), что было contradictio in adjecto, такъ какъ право касается всегда только не-необходимаго (Nichtnothwendige); ни „правомъ будущаго“ (werdendes Recht), такъ какъ такое право не имѣетъ объективнаго существованія, а есть только форма мышленія (Denkform); ни идеальнымъ, такъ какъ это понятіе исключаетъ признакъ обязательности, присущій каждому праву; ни теоретическимъ: теоремы о правѣ носятъ чисто субъективный характеръ, и не имѣютъ ничего общаго съ нормами дѣйствующаго права [1]).

Обращаясь, наконецъ, къ источникамъ, изъ которыхъ выводятъ обыкновенно естественное право, мы видимъ, что одни изъ нихъ—человѣческій разумъ, нравственный и религіозный законъ—на самомъ дѣлѣ могутъ быть только мотивами, а не источниками обязательности (Erklärungsgründe, nicht Geltungsgründe) правовыхъ нормъ, не говоря уже о томъ, что эти источники совершенно субъективнаго свойства. Говорить объ особомъ „правовомъ чувствѣ“, какъ источникѣ естественнаго права, тоже невозможно, такъ какъ такое чувство предполагаетъ въ человѣкѣ особый врожденный „правовой органъ“, который могъ бы быть различаемъ только при помощи представленій, заимствованныхъ изъ области положительнаго права. На самомъ дѣлѣ, правовое чувство каждаго человѣка образуется на основаніи постепеннаго ознакомленія его съ положительнымъ правомъ. Наконецъ, выставляемая еще какъ источникъ „идея права“—чисто формальнаго свойства, и не указываетъ праву никакого опредѣленнаго содержанія [2]).

Такимъ образомъ, нельзя не согласиться съ Бергбомомъ, что, во первыхъ, дуализмъ въ правѣ немыслимъ, и что, во вторыхъ, естественное право оказывается видомъ права, не имѣющимъ никакого отличительнаго ему одному присущаго свойства, и не стоящимъ ни въ какой связи съ правообразую-

---

[1]) l. c, s. s. 408—441.
[2]) l. c., s. s. 441—479.

щими источниками. Поэтому, мыслимо одно положительное право [1]).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что международное право существуетъ, другими словами, что оно положительное право. Всѣ возраженія, приводимыя противъ этой положительности, не выдерживаютъ самой снисходительной критики. Такъ, пресловутое указаніе на отсутствіе верховнаго законодателя надъ суверенными государствами просто грѣшитъ смѣшеніемъ права съ закономъ; свободныя волеизъявленія народовъ могутъ считаться ими для себя обязательными безъ всякаго ущерба для ихъ самостоятельности [2]). И законодатель не творитъ произвольно права, а извлекаетъ его изъ жизненныхъ отношеній; онъ является какъ бы центральнымъ пунктомъ, въ которомъ индивидуальныя правовоззрѣнія, сливаются въ одно общее. Очевидно, что если уничтожить этотъ центръ, какая нибудь юридическая норма, выработанная въ нѣдрахъ даннаго общенія, не утратитъ своего характера; положительность ея выразится черезъ непосредственное воспріятіе ея въ сознаніяхъ всѣхъ правопроизводящихъ субъектовъ. Такъ и въ международномъ общеніи [3]). Помимо того, разъ государство вступаетъ въ международное общеніе, оно этимъ самымъ признаетъ себя и всѣхъ другихъ членовъ этого общенія правовыми субъектами: ubi societas, ibi jus [4]).

---

[1]) Als Recht ist jedes Recht ausser dem positiven schlechthin ein Nonsens, p. 479.

[2]) Bergbohm, Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts, 1876, p. 19: Ihren eignen Willen können sie (die Völker) doch unbeschadet ihrer Selbstständigkeit für sich gelten lassen.

[3]) Fricker, Das Problem des Völkerrechts въ „Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft“, 1872, p. 93: Denken wir uns die centrale Autorität hinweg, so sind doch damit die Verhältnisse nicht beseitigt, in welchen die Rechtsforderung eingeschlossen ist, die Qualität dieser Forderung ist keine andre geworden, nur das erkennende und wollende Subjekt hat sich geändert. Die Rechtsforderung wird hier positiv durch die Aufnahme in das Erkennen und Wollen des Einzelnen an der Stelle eines centralen Organs.

[4]) Holtzendorff, въ своемъ Handbuch des Völkerrecht I § 6; Philimore: Commentaries I, LX: „out of a recognized society of nations, as out of a society of individuals, Law must necessarily spring“.

Отсутствіе судебной власти въ международномъ общеніи тоже не говоритъ противъ реальности международнаго права. Судъ предполагаетъ всегда право, но не наоборотъ [1]).

Наконецъ, нельзя также отрицать международное право, основываясь на отсутствіи международнаго принужденія. Существеннымъ признакомъ права является возможность осуществленія (Realisirbarkeit), а не принудительная форма этого осуществленія (Erzwingbarkeit) [2]); форма осуществленія права въ предѣлахъ какъ народнаго, такъ и международнаго общенія диктуется юридическимъ сознаніемъ этого общенія [3]).

Право, говоритъ Биндингъ, положительно, если и поскольку оно есть „выраженная правовая воля источника права (der erklärte Rechtswille einer Rechtsquelle)", другими словами, поскольку оно вытекаетъ изъ компетентнаго „внѣшняго авторитета". Положительное международное право есть продуктъ дѣйствительной воли членовъ международнаго общенія — государствъ [4]).

Частное международное право имѣетъ столь же реальное существованіе, сколько и публичное. Это явствуетъ, между прочимъ, даже изъ только что вышедшей брошюры одного изъ самыхъ талантливыхъ представителей субъективнаго или національнаго направленія нашей науки—Франца Кана [5]).

По теоріи автора, международное частное право заслуживаетъ предиката „международное" только тогда, когда налагаетъ именемъ международнаго общенія на государства обязанность имѣть извѣстныя нормы коллизій. Сторонники

---

[1]) Bergbohm, Staatsverträge, pp. 24—25.

[2]) Bergbohm, l. c., p. 32.

Holtzendorff Handbuch I, § 7: Die Existenz positivrechtlicher Befugnisse und Verpflichtungen bleibt begriffsmässig unabhängig von der Organisation einer mit überall ausreichenden Macht — und Zwangsmitteln ausgerüsteten Gerichtsinstanz.

[3]) Fricker, l. c., p. 136: Die äussere Reaction selbst hat tausend Formen.

[4]) Bergbohm, Staatsverträge, p. 41—42.

[5]) Franz Kahn, „Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts", Jena 1899.

„международнаго“, объективнаго метода не доказали существованія такого международнаго права, да и невозможно это доказать. Напротивъ того, легко замѣтить, что основной принципъ „международныхъ“ системъ никѣмъ не признанъ. Принципъ этотъ гласитъ: „въ каждомъ случаѣ имѣется только одно государство, имѣющее международно-правовую законадательную компетенцію“. Между тѣмъ всѣ государства пренебрегаютъ этимъ принципомъ „исключительности“, и не стѣсняясь, пользуются различными основаніями (Anknüpfungen) для установленія своей компетенціи. Такъ напр., одни государства опредѣляютъ дѣеспособность по національности, другія по домицилю, третьи по мѣсту дѣйствія. Очевидно, что поступая такъ, эти государства ничуть не нарушаютъ международнаго права [1]).

Послѣ сказаннаго, нельзя не удивляться, что Канъ всетаки признаетъ существованіе международнаго частнаго права. Оно, правда, не является въ видѣ полной системы, но всетаки въ образѣ „нѣкоторыхъ самыхъ общихъ требованій“ (einiger allgemeinsten Anforderungen). Свободѣ государства при изданіи нормъ коллизій поставлены извѣстныя международныя границы. Сюда можно отнести слѣдующія положенія: „ни одно государство не въ правѣ принципіально отвергать примѣненіе его судами иностраннаго права“; „каждое государство обязано имѣть какое нибудь международное частное право, и не можетъ руководствоваться однимъ произволомъ“. Но Канъ идетъ еще дальше и выставляетъ даже болѣе спеціальныя нормы: „права на недвижимости обсуждаются по lex rei sitae“; „нельзя примѣнять туземное семейное и наслѣдственное право къ лицамъ, пребывающимъ въ странѣ только случайно и совсѣмъ непродолжительное время [2]). Наконецъ, авторъ самъ ожидаетъ въ будущемъ дальнѣйшаго развитія международнаго частнаго права, т. е. самъ опровергаетъ только что выставленные имъ аргументы [3]).

---

[1]) Kahn, l. c., pp. 32—37.
[2]) Kahn, l. c., pp. 37—40.
[3]) l. c., p. 45—46.

Мы присоединяемся, конечно, къ второй части разсужденій Кана. Противорѣчіе талантливаго автора объясняется его вполнѣ понятнымъ раздраженіемъ противъ теоретическаго международнаго частнаго права, конструируемаго „изъ глубины души“ (aus der Tiefe des Gemüths), вслѣдствіе чего онъ недостаточно справедливъ и къ положительному [1]). Въ частности же по поводу отсутствія „исключительности“ законодательной компетенціи, мы возразимъ, что она во многихъ случаяхъ уже почти установилась (напр., правило „locus regit actum“ для формъ актовъ), а въ другихъ близка къ установленію (національный принципъ въ области личныхъ правъ торжествуетъ почти на всемъ европейскомъ материкѣ). Мы имѣемъ, поэтому, полное право говорить о существованіи положительнаго международнаго частнаго права.

§ 2. Источники международнаго частнаго права.

Подъ источниками права вообще мы разумѣемъ, вмѣстѣ съ проф. Коркуновымъ [2]), „формы объектированія юридическихъ нормъ“ или „признаки обязательности права“. Международное частное право не имѣетъ однако, по нашему мнѣнію, тѣхъ же источниковъ, что и другіе виды права. Мы признаемъ его источниками международные договоры и обычаи, но рѣшительно возстаемъ противъ отнесенія къ этимъ источникамъ законовъ и судебной практики отдѣльныхъ государствъ.

По господствующей теоріи всякое право развивается сначала безсознательно [3]) изъ обыкновеній. Внутри государства процессъ правообразованія начинается подъ вліяніемъ двухъ силъ: „индивидуальнаго сознанія насущныхъ интересовъ (начало самоопредѣленія), и инертной силы обыкновенія“ [4]); обыч-

---

[1]) Kahn, l. c., pp. 22—26.

[2]) Общая теорія права, 1894, p. 285.

[3]) Ср. Коркуновъ, Общая теорія права § 20 и § 52; Savigny System des heutigen römischen Rechts I, p. 14: „Indem wir also eine unsichtbare Entstehung des positiven Rechts annehmen, müssen wir schon desshalb auf jeden urkundlichen Beweis desselben verzichten“.

[4]) В. И. Сергѣевичъ въ „Наблюдателѣ“ за 1882 годъ № 1 p. 88.

ное право возникаетъ изъ индивидуальнаго усмотрѣнія путемъ навыка [1]); „обязательность обычая возникаетъ, слѣдовательно, въ силу присущаго человѣку свойства слѣдовать разъ намѣченному пути“ [2]).

Намъ думается, однако, что возникновеніе частнаго международнаго права не совершается безсознательно, въ силу одной инерціи. Субъектами международнаго права являются государства, а не отдѣльныя лица. Субъективное воззрѣніе государства на свое международное юридическое положеніе можетъ выразиться, конечно, въ его законахъ и судебной практикѣ. Источниками международнаго права можно назвать, однако, только источники, признанные обязательными въ предѣлахъ всего международнаго общенія. Трудно предположить, чтобы это сознаніе обязательности установлялось у государства только въ силу инертнаго подражанія. Государство даже въ самый ранній періодъ своего существованія неизмѣримо развитѣе отдѣльной личности, творящей право въ доисторическую эпоху. Оно организмъ высшаго порядка, чѣмъ отдѣльная особь. Государство не можетъ принять какую нибудь международную норму только потому, что она принята другими. Пословица „какъ люди, такъ и мы“ никакъ не можетъ перейти въ пословицу „какъ государства, такъ и мы“.

Международное право чисто динамическаго происхожденія. Оно вырабатывается путемъ долгой и упорной борьбы. Международное частное право есть результатъ борьбы различныхъ территоріальныхъ воззрѣній на силу собственныхъ и чужихъ источниковъ права. Положительное право отдѣльнаго государства не есть источникъ международнаго права. Если нормы международнаго свойства, въ немъ содержащіяся, повторяются въ положительномъ правѣ и другихъ странъ, мы можемъ предположить образованіе международныхъ обыкновеній; здѣсь мы имѣемъ дѣло, говоря словами В. И. Сер-

---

1) тамъ же, p. 89.
2) тамъ же, стр. 87.

гѣевича [1]), „съ нѣжными побѣгами еще только возникающаго права“. Наконецъ, въ случаѣ совпаденія большинства нормъ международнаго характера во всѣхъ территоріальныхъ правахъ, мы можемъ предположить образованіе международнаго обычая.

Говоря „большинства нормъ“, мы присоединяемся къ мнѣнію, по которому для доказательства международнаго обычая вовсе не требуется, чтобы онъ соблюдался всѣми государствами безъ исключенія; достаточно доказать, что данная норма постоянно соблюдалась подавляющимъ большинствомъ (überwiegende Mehrheit) государствъ въ интересахъ международнаго общенія, и что отступленіе отъ нея считается нарушеніемъ международнаго права [2]).

Такимъ образомъ, обычная норма международнаго частнаго права возникаетъ изъ совпаденія воль большинства субъектовъ международнаго общенія. Формальная основа ея обязательности именно въ этомъ совпаденіи, т. е. въ общности [3]). Матеріальная причина ея образованія—сознаніе ея соотвѣтствія интересамъ всѣхъ государствъ, т. е. интересамъ международнаго общенія. Внѣшнее же свое выраженіе она находитъ въ совпадающихъ законахъ, рѣшеніяхъ и обычаяхъ отдѣльныхъ странъ.

Другимъ источникомъ международнаго частнаго права являются международные договоры. Какъ и обычаи, такъ и договоры вытекаютъ изъ свободнаго подчиненія государствъ какой нибудь нормѣ, необходимость которой стала имъ очевидной [4]). Въ этомъ сопоставленіи необходимости и свободы нѣтъ, какъ это убѣдительно доказалъ Еллинекъ [5]) никакого противорѣчія. Государства могутъ, конечно, не заключать договоровъ, вызываемыхъ потребностями международной

---

[1]) l. c., стр. 91.

[2]) Kahn, Ueber Inhalt, Natur u. Methode des intern. Privatrechts, pp. 39 — 40.

[3]) Ср. Коркуновъ, Общая Теорія, стр. 292.

[4]) Holtzendorff, Handbuch I, § 21, p. 81.

[5]) Jellinek, die rechtliche Natur der Staatenverträge.

жизни, но въ такомъ случаѣ они не достигнутъ собственныхъ цѣлей [1]). Основаніе же обязательности заключенныхъ договоровъ слѣдуетъ видѣть въ самоограниченіи государства, самоограниченіи, которое вполнѣ мыслимо, такъ какъ вытекаетъ изъ сущности суверинитета, изъ „Selbstherrlichkeit" Л. Штейна [2]). На томъ же самоограниченіи государства основаны всѣ государственные, да и вообще всякіе законы, такъ какъ они ставятъ границы произволу законодателя [3]). Въ каждомъ правѣ есть нравственный моментъ, заключающійся въ связанности государства; только въ области международнаго права эта нравственная гарантія слабѣе всего [4]).

Такимъ образомъ, мы признаемъ только два источника частнаго международнаго права: международный обычай и договоръ [5]). Наука никакимъ образомъ не можетъ быть отнесена къ источникамъ права, въ принятомъ нами пониманіи. Наука оказываетъ, конечно огромное вліяніе на образованіе международнаго права, но положенія, ею выдвигаемыя, не имѣютъ сами по себѣ юридическаго значенія [6]). „Право становится положительнымъ не черезъ логику разума, а черезъ актъ воли" [7]).

---

[1]) Ср. Jellinek, l. c., p. 44: „Die ganze Aufgabe des Staates concentrirt sich darin, das objective Nothwendige seiner Natur zum subjectiven Momente seines Willens zu machen".

[2]) Jellinek, l. c., p. 18.

[3]) Jellinek, l. c., p. 27: In jedem concreten Wollen liegt daher eine Beschränkung des Willens als der Fähigkeit des Wollens.

[4]) l. c., p. 37.

[5]) Kahn (Ueber Inhalt etc., pp. 27 — 28) не считаетъ договоровъ источниками объективнаго международнаго частнаго права. Для него это право пока исключительно основано на обычаѣ; договоры же только свидѣтельствуютъ о развитіи международнаго права. Точка зрѣнія эта самимъ авторомъ мѣтко названа „privatrechtlicher Formalismus".

[6]) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, p. 523: „Wirklich von sich aus zu einem positiven Rechtssatz gemacht hat die Rechtswissenschaft noch keinen einzigen".

[7]) Bulmerincq, Praxis, Theorie und Codification des Völkerrechts, p. 168.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Методъ международнаго частнаго права.

Сравненіе пяти главныхъ направленій въ наукѣ международнаго частнаго права приводитъ насъ къ слѣдующимъ наблюденіямъ:

1. Субъективный (или національный) методъ, исходящій изъ цѣлей отдѣльнаго государства, послѣ болѣе или менѣе упорной борьбы одерживаетъ всюду побѣду надъ объективнымъ, опирающимся па идею международнаго общенія.

2. Результаты такого субъективнаго метода для науки международнаго частнаго права слѣдуетъ признать безусловно отрицательными. Сбиваясь разными путями на опредѣленіе и удовлетвореніе цѣлей отдѣльныхъ государствъ, всѣ разобранныя нами теоріи оказались безсильными создать единую систему международнаго права.

Такой результать вполнѣ естественъ. Система международнаго права можетъ быть построена только на международномъ основаніи. Методъ этой системы долженъ быть единый и объективный.

Говоря „единый" мы обращаемся главнымъ образомъ противъ голландскаго теоретика Житты [1]), проповѣдующаго необходимость двухъ методовъ, индивидуальнаго и универсаль-

---

[1]) Jitta, La Méthode du droit International Privé.

наго [1]). Авторъ этотъ полагаетъ, что въ настоящее время не существуетъ универсальнаго убѣжденія относительно природы отдѣльныхъ юридическихъ отношеній; поэтому опредѣленіе этой „природы“ (другими словами, цѣли, которой юридическое отношеніе служитъ во всемірномъ обществѣ людей) входитъ въ задачу законодателя каждаго государства. Житта принимаетъ формулу Савиньи, но придаетъ ей „индивидуальную форму“ [2]).

Намъ кажется, что значеніе индивидуальнаго метода въ нашей наукѣ ускользаетъ отъ Житты. Какъ совершенно правильно замѣчаетъ Пиллье [3]), „международныя отношенія нуждаются прежде всего въ единой доктринѣ международнаго права. Пусть эта доктрина несовершенна, за то она даетъ международнымъ отношеніямъ большую опредѣленность“. Если нѣтъ въ настоящее время общаго сознанія о „природѣ“ различныхъ юридическихъ отношеній, то отсюда одинъ только выводъ: нужно его выработать.

Житта смѣшиваетъ положительность метода съ его субъективностью. Выясненіе нормъ международнаго частнаго права, содержащихся въ положительномъ правѣ отдѣльныхъ государствъ, имѣетъ, конечно, громадное значеніе. Сопоставленіе цѣлей отдѣльныхъ территоріальныхъ системъ должно намъ помочь найти ключъ къ разрѣшенію того или другого международнаго конфликта; совпаденіе этихъ „нормъ коллизій“ (Kollisionsnormen) послужитъ намъ признакомъ образованія общаго международнаго убѣжденія. Можетъ наконецъ случиться, что „норма коллизій“, отдѣльнаго государства будетъ вполнѣ гармонировать съ интересами международнаго общенія. Но никогда не слѣдуетъ забывать, что „международный“ характеръ можетъ принадлежать только нормѣ, рецепированной международнымъ правомъ.

---

[1]) Jitta, l. c., pp. 99—101.

[2]) Jitta, l. c., pp. 111—119; 196—199.

[3]) Pillet, Études sur les Sources du droit international privé въ Journal Clunet 1891, pp. 5—37.

Такимъ образомъ, методъ международнаго частнаго права долженъ быть не индивидуальнымъ, а положительнымъ. Доктрина частнаго международнаго права извлекаетъ свой металлъ изъ нѣдръ отдѣльныхъ странъ, но она плавитъ его въ собственныхъ плавильникахъ.

Обратимся теперь къ причинамъ постояннаго отклоненія въ сторону субъективизма всѣхъ разобранныхъ нами теорій.

Объ ученіяхъ, стоящихъ на почвѣ строгой территоріальности, смягчаемой лишь во имя comitas, мы здѣсь распространяться не станемъ: эти ученія отрицаютъ всякое международное право, и потому, конечно, произвольны. Другія теоріи сознаютъ болѣе или менѣе ясно необходимость надгосударственнаго начала, но рано или поздно измѣняютъ ему. Происходитъ же это отъ того, что этимъ началомъ является постоянно какой нибудь матеріальный метафизическій принципъ, который долженъ служить ключемъ для разрѣшенія всѣхъ конфликтовъ законовъ. Особенно рѣзко это выступаетъ во французской теоріи статутовъ (дѣленіе всѣхъ законовъ на личные и реальные), и въ новѣйшей итальянской школѣ (принципъ національности, ограничиваемый идеей публичнаго порядка). Итальянская теорія статутовъ и школа Савиньи, въ сущности мало различныя, обращаются къ анализу каждаго отдѣльнаго юридическаго отношенія для выясненія его природы. Правда, школа Савиньи выдвигаетъ идею международнаго общенія, но мы видѣли, что на практикѣ эта идея слишкомъ часто отождествляется съ метафизической, и, слѣдовательной, субъективной идеей „природы вещей“, вдохновлявшей уже бартолистовъ.

Намъ думается, что общій матеріальный принципъ для разграниченія сферъ дѣйствія законовъ найти невозможно. Нимейеръ совершенно правъ, говоря, что и идея международнаго общенія не даетъ общей, исчерпывающей формулы [1]). Какъ въ частномъ, такъ и въ международномъ частномъ правѣ

[1]) Niemeyer, Vorschäge und Materialien zur Kodification des Internationalen Privatrechts, p. 108.

невозможно разрѣшить все разнообразіе юридическихъ конфликтовъ однимъ магическимъ принципомъ [1]). Идея международнаго общенія имѣетъ только значеніе формальнаго начала нашей науки. Она означаетъ только, что при подчиненіи юридическаго отношенія тому или другому закону надлежитъ руководствоваться цѣлями не отдѣльныхъ государствъ, а всего международнаго общенія. Всякое же дальнѣйшее опредѣленіе этого критерія вновь приведетъ насъ къ субъективизму.

Но въ чемъ же практическое значеніе идеи международнаго общенія для метода нашей науки? Какъ опредѣлить въ каждомъ данномъ случаѣ, какое рѣшеніе согласно съ интересами названнаго общенія?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ возвращаетъ насъ къ источникамъ международнаго частнаго права. Мы видѣли, что этихъ источниковъ всего два: международный обычай и международный договоръ; подъ первымъ мы разумѣемъ совпадающее положительное право отдѣльныхъ государствъ. Поэтому, если мы желаемъ выяснить какую нибудь норму международнаго частнаго права, мы должны обратиться къ сравненію территоріальныхъ законовъ и обычаевъ. Совпаденіе ихъ (всѣхъ или подавляющаго большинства) дастъ намъ международную норму такой же силы, какъ если бы она содержалась въ договорѣ. Но и несовпадающія территоріальныя нормы имѣютъ для насъ большое значеніе: онѣ указываютъ намъ различныя рѣшенія одного и того же вопроса и ихъ практическую пригодность или непригодность. Значеніе это можно вполнѣ приравнять къ значенію научныхъ теорій—мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ правомъ, а съ элементами правообразованія.

Нашей задачей должно быть поэтому добросовѣстное собраніе всѣхъ этихъ элементовъ, которые должны нами руководить при критикѣ дѣйствующаго международнаго права. Мы не различаемъ индивидуальнаго и универсальнаго метода,

[1]) Ср. также Kahn, Ueber Inhalt, Natur etc., p. 47.

какъ Житта. Для насъ методъ одинъ--универсальный. Но этотъ методъ—индуктивный. Опытъ отдѣльныхъ государствъ долженъ намъ обнаружить, что, дѣйствительно, полезно для всего международнаго общенія.

Задача науки не исчерпывается, однако, констатированіемъ: общаго убѣжденія народовъ. Международные интересы постоянно мѣняются, и наука должна не только констатировать, но и направлять ихъ разграниченіе. Наука не есть право, но она должна питать всѣ источники права [1]).

---

[1]) Наша точка зрѣнія не вполнѣ совпадаетъ съ новѣйшими воззрѣніями Кана (Kahn, Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts 1899, pp. 67—87). Авторъ отказывается, правда, отъ своего прежняго исключительно—національнаго воззрѣнія. Идеаломъ и цѣлью всякаго международнаго частнаго права для него является гармонія законовъ (Gesetzesharmonie). Онъ тоже думаетъ, что сравненіе отдѣльныхъ законодательствъ есть фундаментъ международнаго частнаго права (p. 75). Но гармоніи Канъ думаетъ достигнуть только путемъ „Ausdehnungsgleichheit der Kollisionsnormen", p. 69), т. е. принципа взаимности, во имя котораго онъ отводитъ иностраннымъ матеріальнымъ нормамъ такую же сферу дѣйствія, какъ аналогичнымъ туземнымъ. Однако принципъ взаимности имѣетъ значеніе (конечно, огромное) только при чисто національной, субъективной законодательной политикѣ. Онъ за то мало пригоденъ для образованія объективнаго международнаго частнаго права. Если Германія опредѣляетъ бракоспособность нѣмцевъ по національному закону, то „Ausdehnungsgleichheit" этой нормы коллизіи выразиться въ опредѣленіи бракоспособности и англичанъ по національному праву. Если же Англія при этомъ продолжаетъ подчинять бракоспособность и англичанъ и нѣмцевъ lex domicili, то, очевидно, мы мало подвинулись на встрѣчу общей гармоніи законовъ. Этой гармоніи, на нашъ взглядъ, мы достигнемъ только, если будемъ исходить изъ интересовъ и цѣлей всего международнаго общенія. Тогда только мы откроемъ тотъ рядъ международныхъ нормъ, которыми мы должны замѣнить существующія теперь нормы коллизій. Принципъ же взаимности вовсе не указываетъ намъ, какія именно нормы должны лечь въ основаніи объективнаго разграниченія законовъ. Kahn говоритъ (p. 87): „Das internationale Privatrecht ist nationales Recht; zu seiner Erforschung und Entwickelung aber bedarf es internationaler Methoden". Мы же скажемъ наоборотъ: международное частное право—международное право, но требуетъ для своего познанія и развитія національнаго метода.

ОТДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Кодификація международнаго частнаго права.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Кодификація международнаго права вообще.

Прогрессъ цивилизаціи долженъ несомнѣнно привести къ все большему и большему росту положительнаго международнаго права. Каждая соціальная единица должна постоянно приспособляться къ измѣняющимся условіямъ борьбы за существованіе; исторія же показываетъ намъ, что эта борьба требуетъ все болѣе возрастающей дифференціаціи и интеграціи ведущихъ ее особей. Этому же закону подчинено и все международное общеніе: параллельно съ усиленіемъ индивидуальности отдѣльныхъ государствъ, должны крѣпнуть узы, связующія ихъ въ одно цѣлое. Параллельно съ различными территоріальными правами, должно развиваться одно международное право.

Очевидно, что и частное международное право должно быть единое, одинаковое для всѣхъ государствъ. Этого требуетъ интересъ самосохраненія всего международнаго общенія. Каждый человѣкъ долженъ навѣрно знать, какому именно закону подпадаетъ то или другое его юридическое дѣйствіе. Столкновеніе законовъ должно быть регулируемо однообразно. Въ противномъ случаѣ получается порядокъ, при которомъ человѣкъ въ

одномъ государствѣ можетъ считаться состоящимъ въ бракѣ, а въ другомъ нѣтъ; въ одномъ—законнымъ сыномъ, наслѣдникомъ, банкротомъ, въ другомъ нѣтъ; его договоры въ одной странѣ дѣйствительны, въ другой нѣтъ и т. д. Такой порядокъ приводитъ въ своемъ послѣдовательномъ развитiи къ полной анархiи. Необходимо, чтобы единая теорiя международнаго частнаго права сохраняла гармонiю между различными правами отдѣльныхъ государствъ, интегрировала ихъ въ одно цѣлое и придала такимъ образомъ международнымъ оборотамъ устойчивость, безъ которой немыслимо международное общенiе.

Высшаго своего развитiя гражданское право достигнетъ, на нашъ взглядъ, именно при возникновенiи единаго частнаго международнаго права. Утопичной и нежелательной намъ кажется идея общечеловѣческаго гражданскаго права. Невозможно допустить, чтобы народы когда нибудь отказались отъ всѣхъ особенностей своего юридическаго быта; да и если бы они отказались отъ нихъ, эти особенности вскорѣ народились бы вновь. Соцiальныя условiя борьбы за существованiе всюду различны, и право, регуляторъ этой борьбы не можетъ оставаться неизмѣннымъ во всѣхъ странахъ [1]). Если же такая нивелировка и оказалась бы возможной, она неминуемо повлекла бы за собою регрессъ всего общества. Условiемъ прогресса является не только интеграцiя, но и дифференцiацiя, развитiе и цѣлаго и частей, единство во множествѣ (l'unité dans la diversité), по выраженiю Лорана.

Намъ предстоитъ теперь разрѣшить вопросъ: необходимо ли кодифицировать международное частное право? Не лучше ли ему дать свободно развиваться, находя свою единственную опору въ прогрессирующемъ сознанiи народами своей солидарности?

Число противниковъ всякой вообще кодификацiи велико. Еще Савиньи, какъ извѣстно, выступалъ противъ нея съ го-

---

[1]) Ср. Schäffle, Bau und Leben des socialen Körpers. Band II.

рячей проповѣдью. Знаменитый ученый полагалъ, что кодексъ можетъ легко затормозить дальнѣйшее развитіе права, особенно, когда онъ сочиненъ въ „эпоху безъ внутренняго призванія“ (Zeitalter ohne inneren Beruf) къ кодификаціи: такой кодексъ мѣшаетъ праву не только обновляться, но и пополняться изъ опыта болѣе разумнаго прошлаго. Удачная кодификація мыслима лишь при наличности юристовъ, обладающихъ въ одинаковой степени и историческимъ духомъ и даромъ систематизаціи. Только такіе кодификаторы могли бы уразумѣть смыслъ каждой эпохи и, понять живую связь, въ которой каждое выставляемое ими положеніе должно находиться съ цѣлымъ. Вся слава римскихъ юристовъ заключается въ постепенности, съ которой они развивали новыя юридическія формы изъ старыхъ, и въ удивительной гармоніи теоріи и практики: въ каждомъ принципѣ они видятъ одновременно случай примѣненія, и въ каждомъ юридическомъ фактѣ— правило его опредѣляющее. Во времена Папиніана римская юридическая литература сама представляла изъ себя органическое цѣлое, и въ это время кодификація была бы еще, пожалуй, возможна. Въ такое время кодексъ можетъ быть составленъ либо однимъ, либо многими порознь (для послѣдующаго сравненія); каждый юристъ находится здѣсь въ органической связи со своимъ вѣкомъ. При другихъ же обстоятельствахъ кодексъ окажется негоднымъ механическимъ сопоставленіемъ [1]).

Въ ряду противниковъ кодификаціи собственно международнаго права назовемъ прежде всего Бергбома [2]). Если, говоритъ онъ, подъ кодификаціей разумѣть сведеніе законовъ (Gesammtgesetzgebung), то очевидно что кодифицированное международное право не будетъ сводомъ законовъ. Элементъ принужденія, отрицаемый авторомъ, какъ существенный аттри-

---

[1]) Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1840, pp. 24, 30, 31, 32, 48, 157, 158.

[2]) Bergbohm, Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts 1876.

бутъ права, неизбѣжно входитъ въ понятіе закона; отсутствіе международнаго законодателя и судьи говоритъ не противъ положительности международнаго права, а противъ существованія международныхъ законовъ. Международное общеніе не обладаетъ силой, которая гарантировала бы соблюденіе издаваемаго имъ закона [1]).

Правда, нѣкоторые, продолжаетъ Бергбомъ, разумѣютъ подъ кодификаціей одно сопоставленіе юридическихъ нормъ, не законовъ. Однако въ области международнаго права немыслима кодификація даже и въ такомъ широкомъ пониманіи. Кодификація затруднила бы отмѣну отжившихъ нормъ, да и не достигла бы главной своей цѣли—реформы матеріальнаго права, которая возможна только при предварительномъ соглашеніи діаметрально противоположныхъ основныхъ принциповъ нѣкоторыхъ государствъ [2]).

Гольцендорфъ [3]) тоже противникъ кодификаціи международнаго права, которую онъ понимаетъ однако нѣсколько иначе, чѣмъ Бергбомъ. Послѣдній противопоставляетъ кодификацію заключенію договоровъ. По мнѣнію же Гольцендорфа, международный кодексъ есть сводъ, возникающій изъ договора совокупности культурныхъ государствъ и черпающій свою силу въ добровольномъ подчиненіи его господству этихъ самыхъ государствъ. Въ области международнаго права кодификація „растворяется въ родовомъ понятіи государственнаго договора“ [4]).

Гольцендорфъ полагаетъ, что такая кодификація въ настоящее время довольно затруднительна. Она предполагаетъ единство юридическаго языка (Gesetzessprache), и метода законодательства; между тѣмъ ученые врядъ ли могли бы согласиться относительно терминологіи на чуждомъ для боль-

---

[1]) Bergbohm, l. c., pp. 46 — 70.

[2]) Bergbohm, l. c., pp. 71 — 76.

[3]) Holtzendorf, Handbuch I, §§ 36 — 39.

[4]) Auflösung der sog. Codification in den Gattungsbegriff des Staatsvertrages, l. c., p. 145.

шинства изъ нихъ языкѣ; а единство метода оказалось бы неудобнымъ въ виду различнаго уровня юридическаго образованія въ разныхъ странахъ. Наконецъ, международный кодексъ долженъ былъ бы быть принятъ во всѣхъ своихъ деталяхъ единогласно всѣми государствами.

Но даже еслибы кодификація международнаго права оказалась возможной, она имѣла бы только отрицательныя послѣдствія: органическое развитіе права было бы задержано. Интерпретація кодекса породила бы массу контроверзъ, для единообразнаго разрѣшенія которыхъ требовалось бы учредить международный судъ; за неимѣніемъ такого суда не было бы достигнуто единство, изъ за котораго вѣдь и была предпринята кодификація. Затѣмъ возникаетъ вопросъ о соотношеніи кодифицированнаго и обычнаго права. Всякое измѣненіе договора о кодификаціи требуетъ согласія всѣхъ государствъ, входящихъ въ союзъ. Между тѣмъ интересы того или другого члена союза могутъ потребовать черезъ нѣкоторое время измѣненія договора. Поэтому придется или допустить образованіе въ отдѣльныхъ государствахъ обычнаго права, противорѣчащаго договору, или же заключать договоръ на короткій срокъ, который не будетъ соотвѣтствовать затратѣ времени и труда, положенной на кодификацію.

Гольцендорфъ думаетъ, что кодификація не содѣйствовала бы даже большему распространенію знанія международнаго права среди массъ. Идея этого права чужда большинству людей, не принимающихъ живого участія въ его образованіи, и руководитъ только правительствами, вступающими въ международныя сношенія. Одна кодификація не увеличитъ интереса къ праву.

Обращаясь, прежде всего, къ положеніямъ Савиньи, намъ кажется, что именно съ его точки зрѣнія настоящее время призвано къ кодификаціи международнаго права. Цивилизованное человѣчество обладаетъ органомъ, служащимъ выраженіемъ его юридическаго сознанія—Институтомъ междуна-

роднаго права. Нѣтъ сомнѣнія, что знаменитые члены этого учрежденія находятся въ той органической связи со своимъ вѣкомъ, которой требуетъ Савиньи. Совмѣстная работа въ институтѣ заставляетъ ихъ все болѣе проникаться идеей международнаго общенія, а принадлежность къ разнымъ національностямъ гарантируетъ уваженіе интересовъ отдѣльныхъ націй. Кодексъ, составленный въ Институтѣ международнаго права, никакъ нельзя было бы назвать „механическимъ сопоставленіемъ“; наоборотъ, онъ явился бы результатомъ соглашенія расходящихся интересовъ различныхъ государствъ съ точки зрѣнія общей ихъ пользы, опредѣляемой ареопагомъ лучшихъ юристовъ міра.

Нельзя не замѣтить, что доводы, приводимые противъ кодификаціи международнаго права, не выдерживаютъ критики. Врядъ ли принятіе одного языка (напр. французскаго) затруднитъ юристовъ, которые, очевидно, предпочтутъ развивать терминологію международнаго права на одномъ языкѣ, чѣмъ на многихъ. Вѣдь и въ настоящее время международникъ долженъ вникать въ терминологію иностранной литературы и сравнивать ее съ національной; при принятіи одного языка для кодификаціи устранятся многія недоразумѣнія, мѣшающія нынѣ объединенію международнаго права.

Нѣтъ сомнѣнія, что международный кодексъ не будетъ закономъ въ строгомъ смыслѣ слова; онъ будетъ договоромъ всѣхъ цивилизованныхъ націй. Поэтому, самымъ серьезнымъ аргументомъ противъ кодификаціи является вопросъ о дальнѣйшемъ развитіи права. Очевидно, что каждое государство сохраняетъ полную свободу выйти изъ союза, разъ оно перестаетъ считать свое пребываніе въ немъ согласнымъ со своими интересами. Но намъ кажется, что такіе выходы не будутъ часты, если только кодификаторы дѣйствительно принимали во вниманіе интересы всѣхъ участниковъ союза. Вѣдь, международный кодексъ долженъ отражать потребности, общія всѣмъ государствамъ, и по самой своей общности не подверженныя внезапнымъ измѣненіямъ въ одномъ какомъ

либо государствѣ. Трудно предположить, напр., чтобы правило locus regit actum, принятое всѣми государствами, вслѣдствіе своей безспорной пользы для легкости международныхъ оборотовъ, черезъ 2 года оказалось стѣснительнымъ для одной Германіи. Другое дѣло, если бы въ кодексъ ввели правило, отвлеченное отъ случайныхъ потребностей минуты. Тогда, конечно, минованіе этихъ потребностей могло бы наступить въ разныхъ государствахъ въ разное время и повести къ нежелательнымъ стѣсненіямъ; въ этихъ случаяхъ пересмотръ кодекса былъ бы, конечно, необходимъ. Отсюда слѣдуетъ, однако, только, что кодификація должна отражать лишь болѣе постоянныя международныя отношенія.

Что же касается контроверзъ, возникающихъ изъ различнаго толкованія международнаго кодекса въ разныхъ государствахъ, то учрежденіе международнаго кассаціоннаго суда было бы, конечно, весьма желательно. Но и отсутствіе его не лишило бы кодексъ всякаго значенія. Свобода интерпретаціи можетъ, конечно, привести къ нѣсколько различному пониманію кодекса въ разныхъ странахъ: но она никогда не извратитъ его основныхъ принциповъ, такъ какъ это не можетъ входить въ намѣренія государствъ, вступившихъ въ союзъ свободно и не удерживаемыхъ въ немъ силою. Слишкомъ большое отклоненіе толкованія въ одномъ государствѣ отъ интерпретаціи въ другихъ должно служить только указаніемъ, что международный кодексъ требуетъ пересмотра.

Этотъ пересмотръ, на нашъ взглядъ, долженъ производиться по возможности чаще, соотвѣтственно съ измѣненіемъ потребностей международнаго общенія. Такимъ образомъ онъ будетъ гарантировать постепенное развитіе международнаго права и предупредитъ образованіе слишкомъ расходящихся обычаевъ въ отдѣльныхъ государствахъ. Возраженіе Гольцендорфа, что заключеніе краткосрочныхъ договоровъ не окупаетъ потраченнаго на нихъ труда, падаетъ передъ соображеніемъ, что новый договоръ только пополняетъ, а не создаетъ вновь. Помимо того, нѣкоторое различіе въ толкованіи, въ нашихъ

глазахъ, даже полезно. Кодификацію обвиняютъ обыкновенно въ пріостановленіи свободнаго развитія права; интерпретація общепризнаннаго начала въ разныхъ странахъ предупреждаетъ такой застой и даетъ будущему кодификатору богатый матеріалъ для опредѣленія дальнѣйшаго направленія международнаго права. На основаніи опыта различныхъ государствъ возможно будетъ остановиться на той интерпретаціи, которая наиболѣе соотвѣтствуетъ интересамъ международнаго общенія.

Самымъ слабымъ аргументомъ противъ кодификаціи намъ кажется мнѣніе Гольцендорфа, что кодификація не содѣйствуетъ большему распространенію значенія международнаго права. Очень многіе люди отрицаютъ международное право только потому, что оно не кодифицировано, и считаютъ непроизводительнымъ для себя трудомъ знакомиться съ отвлеченными и часто противорѣчивыми мнѣніями ученыхъ. Появленіе международнаго кодекса, признаннаго обязательнымъ на основаніи договора всѣхъ цивилизованныхъ націй, должно, несомнѣнно, заинтересовать ту ежедневно возрастающую массу, которая вступаетъ въ международныя сношенія, и которая нынѣ, по необходимости, считается только съ нормами международнаго права, содержащимися въ отдѣльныхъ законодательствахъ.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Кодификація Международнаго Частнаго Права.

Часть международнаго права, наиболѣе нуждающаяся въ кодификаціи, несомнѣнно та, которая касается международныхъ сношеній индивидовъ. Здѣсь неустойчивость и ненадежность отношеній особенно тяжело отзывается на всемъ международномъ общеніи. Но и нигдѣ кодификація не встрѣчается съ такими затрудненіями, какъ именно въ области международнаго частнаго права.

Всякая кодификація международнаго частнаго права предполагаетъ предварительное разрѣшеніе слѣдующихъ общихъ вопросовъ:

1. Вопроса о внѣшнихъ столкновеніяхъ законовъ (ausdrückliche Gesetzeskollisionen)

a) положительныхъ и

b) отрицательныхъ;

2. Вопроса о внутреннихъ коллизіяхъ законовъ (latente Gesetzeskollisionen);

3. Вопроса о значеніи понятій публичнаго порядка (ordre public) и обхода законовъ (fraus legis) въ международномъ правѣ и

4. Вопроса о значеніи воли сторонъ.

Раздѣлъ первый.

I. Внѣшнія столкновенія законовъ.

a) Положительныя.

Объ этихъ столкновеніяхъ мы здѣсь распространяться не будемъ, такъ какъ ихъ касался весь нашъ историческій очеркъ. Типъ ихъ простой: государство *A* желаетъ примѣненія закона *A*, а государство *B* — закона *B*. При этомъ каждый законодатель полагаетъ, что именно тотъ элементъ даннаго юридическаго отношенія, который соприкасается съ его территоріей, самый существенный и оправдываетъ поэтому подчиненіе всего отношенія его (законодателя) праву. Таковы конфликты lex domicilii и lex rei sitae въ наслѣдственномъ правѣ (Princip der Näherberechtigung). Съ точки зрѣнія территоріальнаго законодательства, здѣсь собственно нѣтъ конфликта. Съ точки же зрѣнія международнаго общенія, очевидно, что столкновеніе можетъ быть устранено только путемъ договора [1])

---

[1]) Kahn, Gesetzeskollisionen, pp. 36 — 54.

b) Отрицательныя (принципъ отсылки [1]).

Двое англійскихъ подданныхъ, домицилированныхъ во Франціи, вступаютъ между собою въ бракъ въ этой послѣдней странѣ; французскій законъ опредѣляетъ ихъ способность къ вступленію въ бракъ (Art 3 C. C.) по національному, т. е. англійскому праву; это же послѣднее, наоборотъ, предписываетъ руководствоваться lex domicilii, т. е. французскимъ закономъ. Долженъ ли французскій законодатель принять эту отсылку (Rückverweisung) дѣлаемую англійскимъ?

Пруссакъ, домицилированный въ Америкѣ, заключаетъ контрактъ въ Пруссіи. Долженъ ли французскій судья опредѣлять дѣеспособность пруссака, во имя Art 3 Code Civil, по національному закону, или же принять ссылку (Weiterverweisung), которую § 23 прусскаго ландрехта дѣлаетъ на lex domicilii, т. е. американскій законъ.

Очевидно, что разрѣшеніе вопроса о значеніи отсылки имѣетъ огромное значеніе для кодификатора международнаго частнаго права. Съ перваго взгляда ясно, что принятіе этого принципа вноситъ въ международную жизнь элементъ непостоянства и случайности, способный поколебать самое прочное зданіе международнаго права.

Противъ отсылки приводятся обыкновенно слѣдующіе аргументы:

1. Принципъ отсылки ведетъ къ безъисходному кругу (circulus vitiosus). Если мы понимаемъ норму нашего закона

---

[1]) Kahn, въ „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts" XXX Band 1890 года: „Gesetzeskollisionen", pp. 1—143.—Kahn, тамъ же 1896 годъ. — Zitelmann, Internationales Privatrecht, I pp. 238 — 270. — Niemeyer, Vorschläge und Materialien, § 9. — Neumann, Intern. Privatrecht, pp. 30 — 35. — Labbé въ Journal Clunet, 1885, pp. 5 — 16. — Lainé въ Journal Clunet 1896. De l'application des lois étrangères en France et en Belgique, pp. 242 — 261. — Bartin въ Revue de droit international 1898, pp. 129 — 187. „Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé".—Bar, въ Böhms Zeitschrift 1898, pp. 177—188: „Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht".

какъ ссылку на иностранное право во всей его совокупности, то и отсылка должна относиться ко всему нашему праву, со включеніемъ нормъ международнаго частнаго права, которыя опять отошлютъ къ иностранному праву и т. д. и т. д. [1]). Этотъ аргументъ разбитъ безъ труда Цительманомъ [2]). „Законодатель можетъ имѣть основанія для принятія отсылки, но никакихъ для впаденія въ безъисходный кругъ; всякое толкованіе должно вѣдь приводить къ разумному результату. Нѣкоторыя законодательства, впрочемъ, прямо санкціонируютъ принципъ отсылки и этимъ доказываютъ возможность проведенія ея на практикѣ". Канъ, поэтому, неправъ, называя отсылку „логически неосуществимой". Законодатель можетъ сослаться на все иностранное право, но разъ „нормы коллизій" этого права отсылаютъ къ другому, и онъ принимаетъ эту отсылку, то это можетъ означать только принятіе матеріальнаго права.

2. Болѣе серьезный аргументъ противъ отсылки заключается въ указаніи, что она нецѣлесообразна, такъ какъ вовсе не установляетъ того единообразія рѣшеній одного и того же дѣла въ разныхъ государствахъ, о которомъ говорятъ ея защитники.

Въ самомъ дѣлѣ, если напр. французскій судья, во имя принципа отсылки, опредѣляетъ бракоспособность домицилированныхъ во Франціи англичанъ по французскому праву, то англійскій судья долженъ будетъ, въ силу того же принципа, обсуждать эту бракоспособность по англійскому праву. Здѣсь, при отсылкѣ къ туземному праву, можно, по крайней мѣрѣ, привести въ защиту ея соображеніе, что каждый судья, благодаря ей, примѣняетъ свое право. Но когда отсылка относится къ третьему праву (Weiterverweisung), она теряетъ даже это, само по себѣ призрачное, основаніе [3]).

3. Самый солидный аргументъ противъ отсылки заклю-

---

[1]) Kahn, Gesetzeskollisionen, 23; Lainé, l. c., pp. 257—258.

[2]) Zitelmann, I pp. 240 — 241.

[3]) Kahn, l. c., pp. 22 — 24; Niemeyer, Vorschläge, p. 84.

чается въ ея противорѣчіи природѣ нормъ международнаго частнаго права. Еще Лаббэ указалъ, что законодатель, подчиняющій какое либо отношеніе иностранному праву, имѣетъ въ виду не законъ о компетенціи, а матеріальное право [1]). Лэне замѣчаетъ справедливо, что, принимая отсылку иностраннаго права, французскій законодатель отказывается отъ разрѣшенія вопроса, казавшагося ему наиболѣе цѣлесообразнымъ, и подчиняется другому; такой порядокъ могъ бы легко повести къ нарушенію французскаго закона, напр. статьи 170 С. С., въ случаѣ lex loci contractus предписала бы соблюденіе другой формы [2]). Нельзя также не согласиться съ Каномъ, что отсылка грѣшитъ противъ принципа спеціальности. Мы никогда не примѣняемъ иностраннаго права во всей его совокупности, а только локализируемъ данное юридическое отношеніе въ той или другой его области. Иностранную же норму международнаго частнаго права нельзя отнести къ спеціальнымъ, регулирующимъ данное отношеніе. Мы можемъ себѣ представить норму безъ всякаго отношенія къ опредѣленному пространству, и поэтому, ссылаясь на какой либо иностранный законъ, можемъ его принять безъ его пространственнаго значенія, установленнаго иностраннымъ законодательствомъ [3]).

Въ защиту принципа отсылки высказываются слѣдующія соображенія:

1. Отсылка приводитъ къ единообразію въ рѣшеніяхъ, что, какъ мы видѣли невѣрно.

2. Защитники отсылки говорятъ еще, что иностранный судъ не дастъ экзекватуры рѣшенію, постановленному съ нарушеніемъ нормъ международнаго частнаго права, обязательныхъ для этого суда. Этотъ аргументъ разбитъ Бартэномъ [4]): принятіе иностранныхъ нормъ конфликтовъ обезпе-

---

[1]) Labbé, l. c., pp. 5 — 16.
[2]) Lainé, l. c., p. 256 — 257.
[3]) Kahn, l. c., pp. 25 — 33.
[4]) Bartin, l. c., pp. 139 -- 156.

чивало бы намъ экзекватуру только въ одномъ государствѣ, тогда какъ рѣшеніе можетъ нуждаться въ повсемѣстномъ признаніи. Да и странно было бы нашимъ судамъ признавать себя компетентными на основаніи нормъ коллизій иностраннаго закона, разъ они свою общую компетенцію или некомпетенцію постоянно опредѣляютъ по lex fori.

3. Однимъ изъ самыхъ горячихъ сторонниковъ принципа отсылки является Баръ. Нашъ законодатель, говоритъ онъ, не можетъ навязывать иностранному компетенціи, отъ которой тотъ отказывается. Если государство *A* подчиняетъ наслѣдованіе послѣ своихъ подданныхъ, живущихъ за границей, lex domicilii, то это значитъ, что оно для такихъ подданныхъ не располагаетъ матеріальными нормами наслѣдованія; если оно вообще опредѣляетъ личный статутъ по домицилю, то это означаетъ, что въ частно-правовомъ отношеніи оно вообще не знаетъ никакой національности для своихъ подданныхъ, а сущность національности видитъ только въ публичныхъ правообязанностяхъ. Если, поэтому, государство *B*, въ которомъ домицилированъ подданный *A*, дѣлаетъ отсылку къ законамъ *A*, то получается „абсолютный законодательный пробѣлъ", который можетъ быть восполненъ только путемъ примѣненія lex fori *A*, т. е. принятіемъ отсылки [1]).

Эта аргументація Бара отчасти опровергнута Буццати [3]). Итальянскій ученый указываетъ совершенно основательно, что по теоріи Бара нашъ законъ не можетъ приписать иностранному компетенцію, которую тотъ отклоняетъ: и въ то же время можетъ приписать себѣ ту же компетенцію, на которую претендуетъ иностранный законъ. Другими словами, Баръ проповѣдуетъ уваженіе иностраннаго закона только при отрицательныхъ, а не при положительныхъ конфликтахъ, что, конечно, непослѣдовательно. Если напр. датчанинъ, домицилированный въ Берлинѣ, вступилъ въ бракъ въ Америкѣ, то германскій судья, по теоріи Бара, приметъ отсылку датскаго

[1]) Bar, Die Rückverweisung etc., pp. 179 — 185.

[2]) Buzzati, въ Böhm's Zeitschrift 1898, pp. 449 — 456.

закона къ германскому (какъ lex domicilii). Въ результатѣ получается отрицаніе компетентности американскаго закона (lex loci actus), который ея требуетъ, во имя уваженія некомпетентности датскаго закона [1]).

Разсужденіе Бара, по которому при отсылкѣ собственно возникаетъ „абсолютный пробѣлъ въ правѣ" (Gesetzeslücke), восполняемый по lex fori, Буццати доводитъ прямо ad absurdum. Только дѣйствительное, а не фиктивное незнаніе иностраннаго права можетъ оправдывать примѣненіе lex fori. Изъ теоріи же Бара, между прочимъ, вытекаютъ слѣдующія несообразныя послѣдствія.

1. Судья страны *A* подчиняетъ недвижимое наслѣдство подданнаго *A*, лежащее въ *B*, закону *B*; а переходя къ движимому, вдругъ оказывается незнающимъ закона *B*, только потому, что законъ *B* подчиняетъ наслѣдованіе движимостей національному закону, а законъ *A* legi domicilii, и, слѣдовательно, образуется Gesetzesvacuum, послѣ котораго только и остается примѣнить lex fori — *A*!

2. Датчанинъ, домицилированный во Франціи, женился въ Англіи. Итальянскій судья, обсуждающій дѣйствительность его брака, обратится сначала къ датскому праву; въ виду же отсылки его къ французскому, которое тоже не желаетъ быть примѣнено и не отсылаетъ къ англійскому, судья опять очутится передъ „абсолютнымъ пробѣломъ" и обратится къ итальянскому матеріальному праву [2])!

---

[1]) Буццати упрекаетъ Бара въ нелогичности и за то, что по его теоріи, туземный законодатель, принимающій отсылку иностраннаго, во имя уваженія его некомпетентности in concreto, исходитъ, очевидно, изъ тезиса его компетентности in abstracto. Но тутъ Буццати, на нашъ взглядъ, неправъ. Логической несообразности нѣтъ вовсе. Туземный законодатель можетъ вполнѣ признавать компетенцію иностраннаго для опредѣленія границъ своихъ законовъ (компетенція in abstracto), а эта компетенція можетъ in concreto выразиться и въ отклоненіи примѣненія собственнаго матеріальнаго права. Аргументъ Буццати только перефразировка аргумента „безъисходнаго круга", разбитаго Цительманомъ (см. выше).

[2]) Ср. противъ Бара и Kahn, Ueber Inhalt, p. 67 — 68.

Болѣе удачны аргументы практическаго свойства, приводимые Баромъ въ пользу отсылки.

Мы видѣли, что принятіе отсылки приводитъ часто къ нарушенію права государства, ее принимающаго [1]). Баръ указываетъ, что и устраненіе отсылки можетъ дать крайне нежелательные результаты. *X*, подданный *A*, домицилированный въ *B*, женится тамъ же на *Y*, подданной *B*. По праву обѣихъ странъ бракоспособность обсуждается по національному закону для *X* по *A*, для *Y* по *B*, и данный бракъ дѣйствителенъ и въ *A* и въ *B*. Черезъ много лѣтъ возникаетъ процессъ въ государствѣ *C*, опредѣляющемъ бракоспособность по lex domicilii, слѣдовательно въ данномъ случаѣ и для *X* по закону *B*. Если теперь не признать отсылки *B* къ *A*, то придется въ третьемъ государствѣ признать ничтожнымъ бракъ, дѣйствительный по законамъ всѣхъ государствъ, которые брачущіеся могли имѣть въ свое время въ виду [2])!

---

[1]) Примѣръ: признаніе ничтожнымъ брака французовъ, заключеннаго по lex loci, какъ требуетъ Art 170 C. C., а не въ формѣ закона, на который ссылается lex loci.

[2]) Bar, l. c., p. 183.—Средній принципъ защищается Шнеллемъ (Julius Schnell въ Böhm's Zeitschrift 1895, pp. 337—343): по его мнѣнію отсылка не должна быть принята, разъ она съуживаетъ дѣйствіе германскихъ нормъ международнаго частнаго права или же иностранныхъ, усвоившихъ германскую теорію. Но если германскому судьѣ приходится имѣть дѣло съ двумя иностранными законами, проводящими одну и ту же теорію, противную германскому праву, онъ долженъ принять отсылку (здѣсь „Weiterverweisung"). Всѣ признаютъ, восклицаетъ Шнелль, что Германія не можетъ опредѣлить границъ Испаніи и Франціи; почему же Германія имѣетъ право предписать этимъ двумъ державамъ способъ разграниченія ихъ законодательныхъ властей въ областяхъ гражданскаго права, не подчиненныхъ Германіи? Неужели саксонскій судья долженъ обсуждать наслѣдованіе послѣ итальянца, домицилированнаго въ Испаніи, по испанскому закону, тогда какъ и испанскій и итальянскій законодатель высказались за компетенцію итальянскаго права?

Такого же мнѣнія Neumann (Internationales Privatrecht, pp. 30—35).

Воззрѣніе это, основанное на принципѣ Thöl'я, что нужно примѣнять то право, которое само хочетъ быть примѣнено, неправильно. Какъ замѣчаетъ Канъ (Ueber Inhalt etc., pp. 49—52), теорія Шнелля предполагаетъ, что принадлежность даннаго отношенія той или другой юридической сферѣ очевидна сама по себѣ, тогда какъ сомнительность этой принадлежности составляетъ всю суть международнаго права.

Возраженія, дѣлаемыя въ данномъ случаѣ Каномъ (Ueber Inhalt etc., pp. 56 — 63) нельзя назвать убѣдительными. Канъ говоритъ, что естественнѣе всего судьѣ примѣнить матеріальный законъ, на который указываетъ его норма коллизіи; что въ противномъ случаѣ онъ можетъ легко придти къ примѣненію законовъ ни *A*, ни *B*, а *X*, *Y*, *Z* (при Weiterverweisung), или даже lex fori (если *A* не принимаетъ компетенціи, приписываемой ему *B*); что наконецъ, судья связанъ своей нормой коллизіи, какъ считаемой его законодателемъ соотвѣтствующей международному праву. Все это вѣрно, но вѣрно только съ субъективной, національной точки зрѣнія. Съ международной же, въ данномъ случаѣ, предпочтительнѣе принятіе отсылки.

Бару принадлежитъ большая заслуга, что онъ выдвинулъ международную точку зрѣнія на принципъ отсылки. Постараемся возвыситься до нея и мы, но скажемъ раньше нѣсколько словъ о любопытномъ различіи, проводимомъ Цительманомъ между нормами, предписывающими примѣненіе иностраннаго права (Anwendungsnormen über fremdes Recht), и нормами, содержащими ссылку на матеріальное право (materiellrechtliche Verweisungssätze) [1].

Норма коллизіи, говоритъ Цительманъ, предписываетъ примѣненіе иностраннаго права во всякомъ случаѣ; норма матеріальной ссылки—только тогда, когда туземное право компетентно по lex fori. Возьмемъ, напр., правило „locus regit actum“. Если его разсматривать какъ норму коллизіи, то судья государства, гдѣ оно признано, долженъ признать дѣйствительными всѣ сдѣлки, заключенныя въ формѣ мѣстнаго закона. Если же правило есть норма матеріальной ссылки, то упомянутый судья признаетъ его только въ случаѣ, когда сдѣлка вообще подчинена его праву; если же сдѣлка подпадаетъ иностранному праву, то примѣненіе правила зависитъ отъ этого послѣдняго.

---

[1]) Zitelmann, l. c. I, pp. 250 — 270.

Такимъ образомъ, судья опредѣляетъ сначала на основаніи собственной нормы коллизіи компетентное право; въ случаѣ компетентности туземнаго, онъ слѣдуетъ нормѣ матеріальной ссылки, въ немъ содержащейся; въ случаѣ компетентности иностраннаго, онъ примѣняетъ это послѣднее вмѣстѣ съ его матеріальными ссылками, но безъ всякаго вниманія къ его нормамъ отсылокъ.

Послѣ этого, конечно, очень важно установить твердый критерій для распознаванія нормъ коллизій и нормъ матеріальныхъ ссылокъ. Цительманъ усматриваетъ этотъ критерій въ цѣли данной юридической нормы: если она имѣетъ въ виду отграниченіе пространства дѣйствія иностраннаго права — это норма коллизіи; если она предписываетъ что-нибудь только на случай компетенціи собственнаго права — это норма матеріальной ссылки. Намъ думается, однако, что такая интерпретація — дѣло не изъ легкихъ. Самъ Цительманъ допускаетъ, что иногда „въ нормѣ коллизіи можетъ скрываться норма матеріальной ссылки“ [1]). А въ такомъ случаѣ частое смѣшеніе ихъ неизбѣжно, и намъ придется принять формальную отсылку подъ видомъ матеріальной ссылки компетентнаго иностраннаго права.

Мы оцѣнивали до сихъ поръ принципъ отсылки съ точки зрѣнія отдѣльнаго территоріальнаго законодателя. Намъ кажется, что всѣ приведенныя за и противъ него соображенія доказываютъ прежде всего одно: **необходимость кодифицировать международное частное право.**

Въ самомъ дѣлѣ, при существованіи различныхъ нормъ коллизій въ разныхъ законодательствахъ, примиреніе различныхъ взглядовъ на отсылку является совершенно невозможнымъ. Государство *A*, прилагающее къ данному юридическому отношенію право *B*, вовсе не желаетъ подчинять его правамъ *A* или *C*, на которыя сошлется государство *B*. Но съ другой

[1]) P. 269: Unter Umständen kann eine wohlwollende (sic) und beherzte Auslegung der fremden Kollisionsnorm ergeben, dass sich in ihr zugleich eine materielle Verweisungsnorm versteckt.

стороны, и государство B не имѣетъ основанія признать рѣшеніе, постановленное съ нарушеніемъ его нормъ международнаго частнаго права. Эти прямыя коллизіи законовъ („ausdrückliche Gesetzeskollisionen" Kahn'a) можно было бы, конечно, устранить, заставивъ всѣ государства или принять, или отвергнуть принципъ отсылки. Но и это не придало бы международной жизни желательной устойчивости. Въ случаѣ всеобщаго отказа отъ отсылки, юридическое отношеніе легко подпадаетъ lex fori, т. е. случайному закону, который менѣе всего компетентенъ для выбора рѣшающаго матеріальнаго права, и который стороны никакъ не могли имѣть въ виду. Въ случаѣ же всеобщаго принятія принципа отсылки, каждый законодатель заранѣе подчиняется цѣлому ряду законовъ, которыхъ онъ можетъ быть и не знаетъ; стороны же, удовлетворивъ всѣмъ условіямъ нормально компетентнаго закона, никогда не могли бы быть увѣрены въ наступленіи установленныхъ этимъ закономъ послѣдствій. Такимъ образомъ, однобразное отношеніе всѣхъ государствъ къ вопросу объ отсылкѣ имѣло бы своимъ результатомъ только всеобщее признаніе постановленнаго гдѣ либо несправедливаго рѣшенія.

Намъ кажется, поэтому, что единственнымъ выходомъ изъ этого положенія является уравненіе всѣхъ нормъ международнаго частнаго права въ разныхъ законодательствахъ. Съ принятіемъ общаго международнаго кодекса для разрѣшенія конфликтовъ законовъ, исчезаетъ, конечно, самый вопросъ отсылки. Въ такомъ кодексѣ отсылка не только недопустима, но даже логически немыслима. Освобожденіе же отъ этого элемента непостоянства и неустойчивости является вѣскимъ аргументомъ въ пользу кодификаціи международнаго частнаго права.

Раздѣлъ второй.

Внутреннія столкновенія законовъ [1]).

I. Коллизія опредѣляющихъ моментовъ.

(Kollision der Anknüpfungsmomente).

Подъ опредѣляющими моментами разумѣются понятія, коими руководствуется законодатель при подчиненіи юридическаго отношенія тому или другому территоріальному праву. Такихъ моментовъ не много: мѣстонахожденіе, домициль и національность человѣка; центръ дѣятельности юридическаго лица; мѣсто суда; мѣстонахожденіе вещи; мѣсто, гдѣ случился фактъ или ожидается его наступленіе; воля сторонъ [2]). Возможно, что законы двухъ государствъ будутъ опредѣлять одинаково какое нибудь отношеніе, напр. по домицилю, и расходиться въ воззрѣніяхъ на самый домициль. Отсюда новый видъ коллизій.

Очевидно, что каждый законодатель опредѣляетъ сущность „опредѣляющихъ моментовъ“ по своему [3]). Случаи безподданства или множественнаго подданства, возникающіе изъ конфликтовъ jus soli и jus sanguinis, юридически неразрѣшимы. Домициль, мѣсто заключенія или исполненія договора и т. д., возможно опредѣлить только по собственному праву; иначе мы впадемъ въ circulus vitiosus. Нельзя же, напр., опредѣлять домициль по личному статуту, а личный статутъ по домицилю; или locus solutionis по какому нибудь территоріальному праву, которое мы объявили компетентнымъ, именно какъ lex loci solutionis. Словомъ, каждая норма международнаго частнаго права содержитъ извѣстныя основныя понятія (Axiombegriffe, по терминологіи Кана), которыя не

---

1) Я примѣняю терминъ Кана „Latente Gesetzeskollisionen“ къ коллизіямъ не только юридическихъ отношеній, но и опредѣляющихъ ихъ моментовъ.

2) Niemeyer, Vorschläge, p. 110.

3) Kahn, Gesetzeskollisionen, pp. 56 — 106.

могутъ опредѣляться по иностранному праву, такъ какъ нахожденіе соотвѣтственнаго иностраннаго права предполагаетъ ихъ уже данными.

Возможность столкновеній „основныхъ понятій" является новымъ сильнымъ аргументомъ въ пользу необходимости кодификаціи международнаго частнаго права. При нынѣ существующей въ этой области анархіи, стороны подпадаютъ полному произволу суда, въ которомъ разбираются ихъ дѣла. Это явствуетъ, между прочимъ, изъ любопытной теоріи Кана объ „относительности основныхъ понятій [1])".

Авторъ этотъ приводитъ слѣдующій примѣръ. — Должникъ жилъ при заключеніи контракта во Франціи, а въ моментъ иска живетъ въ Саксоніи. Саксонскій судья долженъ примѣнить къ договору lex loci solutionis, которымъ первоначально окажется французскій законъ, такъ какъ саксонскій кодексъ помѣщаетъ locus solutionis въ домицилѣ должника въ моментъ контракта. Но французскій законъ считаетъ мѣстомъ исполненія — домициль въ моментъ процесса, т. е. Саксонію. Поэтому саксонскій судья подчинитъ въ концѣ концовъ договоръ саксонскому праву.

Канъ полагаетъ, что такимъ разсужденіемъ онъ не примѣняетъ отвергнутую имъ раньше отсылку (Rückverweisung). Повидимому, разница здѣсь есть: при отсылкѣ оба закона спорятъ о выборѣ „основного понятія" (Anknüpfungsbegriff), а въ данномъ случаѣ о существенныхъ элементахъ общепризнаннаго критерія. Но все-таки разница только кажущаяся, и касается только словъ: можно, вѣдь, сказать, что саксонскій кодексъ подчиняетъ договоръ закону страны домициля въ моментъ контракта, а затѣмъ принимаетъ отсылку этого закона на законъ страны домициля въ моментъ иска. Это чистѣйшая отсылка.

Теоріи, подобныя Кановской, конечно, очень остроумны и элегантны, но врядъ-ли удобны въ международномъ оби-

---

[1]) „Relativität der Axiombegriffe", Kahn, l. c., pp. 103 — 106.

ходѣ. Неужели можно требовать отъ сторонъ, чтобы онѣ различали „Ausdrückliche Gesetzeskollisionen“ и „Kollisionen der Anknüpfungsbegriffe“?! А между тѣмъ международное частное право существуетъ для высшаго обезпеченія интересовъ индивидовъ, и послѣдніе должны имѣть полную возможность вліять своими конклюдентными дѣйствіями на опредѣленіе права, компетентнаго для регулированія ихъ международныхъ отношеній. При нынѣшнемъ хаосѣ, въ которомъ суды различныхъ странъ, то замыкаются въ территоріальную исключительность, то занимаются любопытной игрой въ „юридическій lawn-tennis“, интересы сторонъ не могутъ быть уважены. Одна кодификація способна вывести насъ изъ этого хаоса; мы потеряемъ тогда, конечно, всѣ хитроумныя теоріи объ „отсылкѣ“, „аксіомныхъ понятіяхъ“ и т. д., но международная жизнь врядъ-ли будетъ отъ этого въ накладѣ.

II. Коллизія опредѣляемыхъ отношеній и понятій.

1. Конфликты опредѣляемыхъ отношеній.

Допустимъ, что два законодательства опредѣляютъ какое-нибудь юридическое отношеніе по тому же основному понятію нашей науки, и одинаково понимаютъ и конструируютъ это понятіе. Остается еще возможность, что законодательства расходятся во взглядѣ на сущность самого юридическаго отношенія. Тогда возникаетъ конфликтъ опредѣляемыхъ отношеній [1]).

Бартэнъ приводитъ слѣдующій примѣръ. Супруги имѣли брачный домициль въ государствѣ A; затѣмъ мужъ натурализовался въ B, гдѣ умеръ и оставилъ наслѣдство. И въ A, и въ B, брачное имущественное право подчинено закону пер-

[1]) Kahn, Latente Gesetzeskollisionen, l. c., pp. 107 — 131; Etienne Bartin, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, Journal Clunet 1897, pp. 225 — 255, 466 — 495, 720 — 738; Despagnet, Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques, Journal Clunet 1898, pp. 253 — 273.

ваго брачнаго домициля, а наслѣдованіе — послѣднему національному закону наслѣдодателя; но *A* относитъ выдѣленіе вдовьей части къ наслѣдственному, а *B* къ брачному имущественному праву.

Бартэнъ полагаетъ, что квалификація вдовьей части должна дѣлаться по lex fori. Если государство соглашается подчинить извѣстное юридическое отношеніе иностраннымъ законамъ, то, очевидно, оно имѣетъ въ виду тотъ типъ этого отношенія, который принятъ его законодательствомъ; иностранное государство не имѣетъ права заставить наше государство примѣнять иностранные законы къ отношеніямъ, которыя оно не хочетъ вовсе подчинить этимъ законамъ [1]).

Другого мнѣнія Деспанье, который думаетъ, что принятіе lex fori разрушитъ самые твердые принципы международнаго права. Квалификація отношенія должна всегда зависѣть отъ закона, признаннаго компетентнымъ для регулированія этого отношенія. Кромѣ того, возможно, что отношеніе, квалифицированное иностраннымъ закономъ, даже вовсе неизвѣстно lex fori, который поэтому логически не можетъ повѣрить иностранной квалификаціи [2]).

Намъ кажется, что, при настоящемъ международномъ положеніи, правъ Бартэнъ. Деспанье впадаетъ въ circulus vitiosus: онъ предполагаетъ уже рѣшеннымъ вопросъ, что долженъ быть примѣненъ иностранный законъ, и затѣмъ принимаетъ его квалификацію вдовьей части, тогда какъ логика требуетъ предварительнаго отнесенія вдовьей части къ наслѣдственному или брачному праву, а затѣмъ уже отысканія компетентнаго закона, опредѣляющаго то или другое право.

Юридическіе институты различно развиваются въ разныхъ странахъ; ни одинъ моментъ въ нихъ не является логической необходимостью [3]). Очевидно, что если мы подчиняемъ какой либо институтъ иностранному праву, то мы имѣемъ въ виду

---

[1]) Bartin, l. c., p. 229, 235 — 246, 732.

[2]) Despagnet, l. c., pp. 258, 260 — 261.

[3]) Kahn, l. c., p. 111.

тотъ комплескъ правообязанностей, который свойственъ сему институту въ нашемъ правѣ; иначе мы могли бы подчинить иностранному праву гораздо больше отношеній, чѣмъ мы имѣли въ виду. Другими словами, мы подчиняемъ иностранному закону элементы юридическаго института, которые онъ содержитъ въ нашемъ правѣ. Если же иностранный институтъ слишкомъ разнороденъ съ нашимъ, если онъ включаетъ слишкомъ много чуждыхъ намъ элементовъ — тогда мы его должны считать „несоизмѣримымъ" [1], а себя некомпетентными для его обсужденія. Такъ, англійскій судъ въ дѣлѣ Hyde призналъ себя некомпетентнымъ для обсужденія мормонскаго брака. Но здѣсь мы касаемся уже вопроса о „публичномъ порядкѣ" [2].

2. Конфликты опредѣляемыхъ понятій.

(Anknüpfungsbegriffe).

Помимо числа и комбинаціи правообязанностей въ юридическихъ отношеніяхъ, къ внутреннимъ коллизіямъ могутъ подать поводъ и т. наз. основныя понятія (Anknüpfungsbegriffe), общія этимъ отношеніямъ, какъ-то: понятіе движимости и недвижимости, формы актовъ и т. под. Очевидно, что и эти понятія возможно въ настоящее время конструировать только по lex fori: иначе мы опять впадемъ въ circulus vitiosus.

---

[1]) Kahn, l. c., p. 135: incommensurabel.

[2]) Канъ относитъ къ „внутреннимъ коллизіямъ" также конфликты законовъ, обусловленные различной ихъ „локальной тенденціей" (örtliche Herrschaftstendenz; cp. Kahn, l. c., pp. 126 — 129, 132, 143). Такъ, итальянскій кодексъ подчиняетъ наслѣдованіе итальянской недвижимости француза французскому закону; между тѣмъ, этотъ послѣдній считаетъ такое наслѣдованіе территоріальнымъ. Можно, конечно, свести конфликтъ къ различію системъ, относящихъ наслѣдованіе недвижимостей къ семейному праву или къ организаціи землевладѣнія, т. е. къ вопросу о квалификаціи юридическихъ отношеній. Но еще правильнѣе видѣть здѣсь простую отсылку отъ французскаго закона къ итальянскому. (Bartin въ Revue 1898, pp. 307 — 309).—Мы совершенно отказываемся понять, почему Kahn (l. c., pp. 117 — 126) относитъ т. наз. a) Gesetzesvakua и b) Gesetzeskumulationen къ „Latente Gesetzeskollisionen?" На нашъ взглядъ, это типичные случаи a) отрицательныхъ, и b) положительныхъ внѣшнихъ (ausdrückliche) коллизій законовъ.

3. Значеніе разобранныхъ конфликтовъ для кодификаціи международнаго частнаго права.

Бартэнъ, сдѣлавшій столь много для разработки теоріи о квалификаціяхъ, очень скептически относится къ проекту объединенія международнато частнаго права. Онъ полагаетъ, что такое объединеніе мыслимо только при соглашеніи на счетъ единообразнаго опредѣленія юридической природы всѣхъ институтовъ, что предполагаетъ единообразіе самихъ законодательствъ, и, слѣдовательно ненужность самого международнаго частнаго права. Кодификація оказалась бы „Пирровой побѣдой“ [1]). Точно также и Канъ [2]) думаетъ, что внутреннія коллизіи, основанныя на разнокачественности сталкивающихъ отношеній, неустранимы.

Намъ кажется, однако, невозможнымъ принять такой печальный выводъ изъ остроумныхъ изысканій названныхъ юристовъ. Устраненіе различія между построеніемъ юридическихъ институтовъ вовсе не означаетъ тождества всего созидательнаго матеріала. Оно означаетъ только единообразную группировку извѣстнаго количества правъ и обязанностей въ одинъ комплексъ, который соглашаются подчинить одному и тому же закону. Если мы, напр., вдовью часть отнесемъ во всѣхъ законодательствахъ къ наслѣдственному праву, то этимъ мы нисколько не вліяемъ на различное опредѣленіе размѣра и условій выдачи этой части. Конфликты поэтому всегда возможны, и международное частное право вовсе не должно быть сдано въ архивъ. Намъ могли бы, пожалуй, возразить, что такая группировка обязываетъ отдѣльнаго законодателя вообще санкціонировать существованіе вдовьей части. На это мы замѣтимъ, что кодификаторъ долженъ былъ бы преднисать однѣ рубрики на случай ихъ пополненія. Если территоріальный законодатель признаетъ вдовью часть, онъ скажетъ о ней въ опредѣленномъ заранѣе отдѣлѣ своей системы, напр.

---

[1]) Bartin, Journal Clunet 1897, p. 734.

[2]) Kahn, l. c., p. 143.

въ наслѣдственномъ правѣ; разъ онъ этого не сдѣлалъ, то эта часть не будетъ присуждаться и въ другихъ государствахъ.

Можно было бы предложить такую схему: институтъ A включаетъ правообязанности a, b, c, d. Рѣшено опредѣлять его во всѣхъ государствахъ по національному закону. Это не значитъ, очевидно, что a, b, c, d всюду тождественны, а только, что лишь эти элементы могутъ входить въ данный институтъ, и въ случаѣ наличности ихъ обсуждаются по національному закону. Если теперь въ иностранномъ институтѣ недостаетъ c или d, или $c + d$, то является вопросъ, есть ли это еще институтъ A; можно ли признать $a + b$ безъ $c + d$? Это, очевидно, уже вопросъ „публичнаго порядка", на тѣсную связь котораго съ теоріей квалификацій указываетъ самъ Бартэнъ.

Но здѣсь мы этого вопроса не касаемся. Ограничимся выводомъ, что поднятіе вопроса о квалификаціяхъ юридическихъ отношеній и понятій приводитъ не къ отрицанію, а къ апологіи договоровъ и кодификаціи. Нужно прекратить и эту международную неурядицу, и это вполнѣ возможно безъ превращенія международнаго права въ общенародное. Мы не видимъ никакихъ препятствій къ договорной классификаціи всѣхъ элементовъ юридическихъ отношеній по извѣстнымъ заранѣе опредѣленнымъ рубрикамъ. Согласіе родителей или церковное вѣнчаніе можно отнести къ существеннымъ или формальнымъ условіямъ брака; запрещеніе составлять завѣщаніе въ извѣстной формѣ (напр., testament olegraphe) можно отнести къ недѣеспособности или формамъ — и всетаки остается мѣсто для конфликтовъ. Только тогда эти конфликты примутъ осязательную форму, поддающуюся быстрому и окончательному разрѣшенію.

Раздѣлъ третій.

Идея публичнаго порядка въ международномъ частномъ правѣ.

I.

Въ историческомъ очеркѣ идей международнаго частнаго права мы анализировали всѣ теоріи публичнаго порядка и пришли къ выводу, что понятіе это неизбѣжно должно носить субъективный характеръ. Въ самомъ дѣлѣ, мы видѣли, что всѣ эти попытки объективно конструировать понятія „публичнаго порядка“, „соціальнаго права“, „соціальной гарантіи“ или „нравственности“, въ концѣ концовъ приводятъ къ самымъ разнообразнымъ построеніямъ съ точки зрѣнія lex fori. Оказывается невозможнымъ создать общій типъ этихъ законовъ.

Скажемъ еще нѣсколько словъ о техническихъ пріемахъ, употребляемыхъ авторами теорій публичнаго порядка.

1. Мы уже указывали на то обстоятельство, что иногда недопущеніе какого-нибудь юридическаго института относится къ публичному порядку, а допущеніе — нѣтъ, что съ точки зрѣнія отдѣльныхъ государствъ, очевидно, непослѣдовательно; Бартэнъ замѣчаетъ, правда [1]), что все зависитъ здѣсь отъ взгляда судьи, который можетъ счесть иностранный запретительный законъ слишкомъ шокирующимъ туземный дозволительный законъ, или нѣтъ. Такъ, въ одномъ государствѣ возможность развода относится къ публичному порядку, въ другомъ нѣтъ. На нашъ взглядъ, однако, такое построеніе публичнаго порядка не можетъ притязать ни на малѣйшую научность. Съ территоріальной точки зрѣнія, въ нормахъ, относимыхъ къ публичному порядку даннаго государства, невозможно различать положительное и отрицательное дѣйствіе. Принятіе же мнѣнія Бартэна приводитъ насъ

[1]) Bartin, Les dispositions d'ordre public etc. въ Revue 1897, p. 615.

къ еще большему субъективизму. Еслибы и удалось построить однообразную схему правоотношеній публичнаго порядка, то она потеряла бы свой объективный характеръ въ рамкахъ отдѣльныхъ законодательствъ, изъ которыхъ одни придали бы ей, по своему усмотрѣнію, отрицательное, а другія — положительное дѣйствіе.

Разсматриваемое различіе получаетъ за то вполнѣ разумное основаніе, если стать на международную точку зрѣнія. Тогда мы сразу увидимъ, что международное право можетъ еще иногда допустить устраненіе компетентнаго дозволительнаго, но никакъ не запретительнаго закона. Другими словами, норма такъ называемаго „публичнаго порядка", разъ уже она допускается, должна всегда носить отрицательный характеръ, такъ какъ надѣленіе ея и положительной силой нарушило бы единство юридическихъ институтовъ въ международномъ общеніи. Право территоріальнаго государства издавать нормы публичнаго порядка съ положительнымъ дѣйствіемъ не существуетъ съ международной точки зрѣнія.

2. Несостоятельнымъ оказывается и излюбленный особенно въ послѣднее время методъ различенія между принципомъ какого нибудь института и его эффектами.

Эффекты составляютъ существенную часть соціальной цѣли иностраннаго закона; ихъ невозможно разсматривать безъ отношенія къ этой цѣли, и, признавая ихъ, мы неизбѣжно санкціонируемъ отвергнутый принципъ иностраннаго закона [1]. Справедливость этого положенія лишній разъ доказана неудачей остроумной попытки Цительмана провести точную грань между признаваемыми и непризнаваемыми эффектами недозволеннаго правоотношенія. Отрицаніе иностраннаго института окажется довольно платоническимъ, если оно будетъ сопровождаться допущеніемъ вытекающихъ изъ него юридическихъ послѣдствій. Да и невозможно провести „идеальную линію", отдѣляющую активное осуществленіе противнаго

[1]) Fedozzi, „Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international" въ Journal Clunet 1897, pp. 74—75, 498, 500, 505.

нашему публичному порядку права отъ пассивнаго [1]). Активнымъ или непосредственнымъ осуществленіемъ (Баръ) окажется весьма часто именно признаніе эффекта отрицаемаго правоотношенія.

3. Третьи авторы предлагаютъ непризнаніе институтовъ, вообще неизвѣстныхъ lex fori. Здѣсь теорія публичнаго порядка сливается съ теоріей квалификацій [2]). Мы уже видѣли, что затрудненіе заключается здѣсь въ томъ, что съ одной стороны одинаковыя названія могутъ въ двухъ государствахъ соотвѣтствовать разнымъ институтамъ, а съ другой — различныя названія скрыть отъ насъ внутреннее тождество. Мы видѣли также, что возможно условиться относительно квалификаціи институтовъ, установивъ извѣстныя рубрики для классификаціи входящихъ въ нихъ отношеній. Но все-таки остается вопросъ: какъ опредѣлить минимумъ признаковъ, наличность которыхъ необходима для признанія даннаго института? Здѣсь дѣло уже не въ перенесеніи правообязанности изъ одной правовой области въ другую, что, въ сущности, вполнѣ достижимо путемъ договора (напр., отнесеніе вдовьей части къ брачному или наслѣдственному праву), а въ конструкціи отдѣльнаго юридическаго отношенія (напр., въ опредѣленіи минимальныхъ условій для возникновенія брака: отсутствіе другого брака, согласіе брачущихся, половая зрѣлость).

Къ опредѣленію этого минимума признаковъ юридическаго отношенія и сводится проблема „публичнаго порядка".

Вполнѣ естественно, что между народами одной цивилизаціи съ теченіемъ времени вырабатываются общія убѣжденія о существенныхъ, или постоянныхъ элементахъ раз-

[1]) Bartin въ Revue 1897, p. 637 спрашиваетъ: можно-ли разрѣшить второй бракъ въ Италіи разведеннымъ за границей иностранцамъ, если и первый бракъ былъ заключенъ въ Италіи и, слѣдовательно, разводъ пришлось бы помѣстить на актѣ перваго вѣнчанія? Конечно нѣтъ, отвѣтимъ мы. Между тѣмъ Цительманъ признаетъ эффектъ развода, такъ какъ онъ былъ безнравственъ только своимъ наступленіемъ, а не продолженіемъ (см. выше).

[2]) Bartin, Journal 1897, p. 723.

личныхъ юридическихъ институтовъ. Всѣ цивилизованные народы отвергаютъ, напр., полигамію и бракъ брата съ сестрою. Такимъ образомъ, поле дѣйствія публичнаго порядка постепенно съуживается. Разрѣшить конфликтъ остающихся въ отдѣльныхъ законодательствахъ нормъ публичнаго порядка, конечно, невозможно. Но о нихъ можно сказать слѣдующее: или онѣ перейдутъ въ сознаніе всего международнаго общенія, или онѣ исчезнутъ вовсе. Такъ или иначе, но „территоріальный вкусъ земли“ (territorialer Erdgoût)[1]) перестанетъ чувствоваться въ нормахъ международнаго частнаго права [2]).

II.

Въ полной логической непригодности теоріи территоріальнаго публичнаго порядка убѣждаетъ, въ особенности сопоставленіе ея съ неменѣе знаменитой теоріей „in fraudem legis“. Мы видѣли, что уже Бугіе различалъ личные и вещные запретительные статуты, а новѣйшая итальянская и германская школы постепенно, и какъ бы незамѣтно для себя, разработали понятіе національнаго или внутренняго публичнаго порядка, котораго подданные не могутъ обходить за границей. Какъ замѣчаетъ Бартэнъ, теоріи „публичнаго порядка“ и „обхода законовъ“ имѣютъ ту же цѣль — замѣнить нормально компетентный законъ посредствомъ lex fori; разница только въ томъ, что въ теоріи „обхода законовъ“ устраненіе компетентнаго закона зависитъ отъ констатированія намѣренія сторонъ нарушить свой личный статутъ [3]).

Очевидно, что обѣ эти теоріи выражаютъ одну и ту же мысль съ разныхъ точекъ зрѣнія: каждое государство имѣетъ извѣстныя особенности въ конструкціи нѣкоторыхъ институтовъ, которыми оно не желаетъ жертвовать ни у себя, ни за

---

[1]) Meili у Böhm I, p. 167.

[2]) „О редукціи“ понятія публичнаго порядка говоритъ и Bartin (Revue 1897, pp. 628 — 645), но въ другомъ смыслѣ, чѣмъ въ текстѣ.

[3]) Bartin, Revue 1897, pp. 627 — 628.

границей. Отсюда конфликты съ противоположными конценціями другихъ государствъ. Тѣмъ не менѣе можно смѣло предсказать, что эти конфликты, какъ аномальныя явленія, со временемъ исчезнутъ. Съ точки зрѣнія международнаго общенія, идея „публичнаго порядка“ есть nonsens. Разъ интересы этого общенія требуютъ подчиненія отношенія закону государства *A*, то протестъ *B* нарушаетъ не только интересы сказаннаго общенія, но косвенно и интересы самого *B*. Возьмемъ примѣръ русскаго монаха, желающаго вступить въ бракъ во Франціи. Русскій публичный порядокъ противъ брака, французскій — за бракъ. Съ точки зрѣнія единства отношенія желательно, чтобы бракоспособность монаха, какъ и всякаго другого лица, обсуждалась и во Франціи по русскому закону, чѣмъ была бы предупреждена двойственность положенія монаха (женатаго въ одной и неженатаго въ другой странѣ), которая врядъ ли въ интересахъ самой Франціи. Другое рѣшеніе вопроса возможно только путемъ взаимодѣйствія французскаго и русскаго „публичныхъ порядковъ“, съ цѣлью ассимилированія законовъ о бракахъ духовенства. Взаимодѣйствіе кончится либо всеобщимъ запрещеніемъ, либо всеобщимъ разрѣшеніемъ такихъ браковъ, и такимъ образомъ устранятся конфликты.

Вообще намъ кажется, что юридическіе институты народовъ одной цивилизаціи не должны представлять такихъ громадныхъ отступленій, которыя оправдывали бы отстраненіе компетентныхъ законовъ во имя „публичнаго порядка“. Постоянные, основные элементы этихъ институтовъ всюду одни и тѣ же, или все болѣе дѣлаются таковыми; другіе, перемѣнные, должны быть терпимы, разъ это предписывается интересами международнаго общенія и, слѣдовательно, каждаго отдѣльнаго государства.

Что же касается роли понятія „публичнаго порядка“ (территоріальнаго или національнаго) при кодификаціи международнаго частнаго права, то она чисто отрицательна. Тамъ, гдѣ кодификаторъ увѣренъ, что призываемый имъ къ дѣй-

ствію законъ долженъ господствовать всюду и вездѣ, онъ не стѣсняется „публичными порядками" того или другого государства. Тамъ, гдѣ онъ въ этомъ не увѣренъ, онъ оставляетъ за территоріальнымъ или національнымъ закономъ въ извѣстныхъ случаяхъ право уклоненія,—но это только временная мѣра, до уравненія матеріальнаго права или до полнаго выясненія высшей цѣнности того или другого закона для международнаго общенія. Очевидно, что случаи такихъ отступленій отъ компетентнаго закона должны быть строго опредѣлены и очерчены. а отнюдь не расплываться въ туманное пятно „публичнаго порядка".

III.

Результаты нашего изслѣдованія идеи „публичнаго порядка" мы резюмируемъ, поэтому, въ слѣдующихъ положеніяхъ.

1. Съ точки зрѣнія международнаго общенія нормы такъ называемаго публичнаго порядка суть нормы анормальныя вторгающіяся въ чужую сферу.

2. Въ основаніи ихъ временнаго признанія лежитъ неувѣренность въ абсолютной компетентности того или другого закона, или желаніе недопустить на нашу почву институты, несоизмѣримые съ нашей цивилизаціею.

3. Международный законодатель долженъ точно опредѣлить случаи, въ которыхъ онъ терпитъ дѣйствіе „публичнаго порядка".

4. Нормы „публичнаго порядка" имѣютъ только отрицательное дѣйствіе, не нарушающее единства и тождества правъ человѣка въ международномъ общеніи.

5. Нормы „публичнаго порядка" исчезнутъ съ уравненіемъ во всѣхъ цивилизованныхъ государствахъ „постоянныхъ элементовъ" юридическихъ институтовъ, и съ установленіемъ болѣе устойчивыхъ воззрѣній на компетенцію законовъ, регулирующихъ „перемѣнные элементы" этихъ институтовъ.

Раздѣлъ четвертый.

Принципъ свободы воли сторонъ (автономіи).

Въ историческомъ очеркѣ мы уже неоднократно высказывались противъ теоріи, по которой воля сторонъ можетъ вліять непосредственно на опредѣленіе компетентнаго права. Субъектами международнаго права являются не частныя лица, а государства. Сначала рѣшается съ международной точки зрѣнія вопросъ о примѣнимости того или другого закона, а потомъ уже вопросъ о степени свободы уклоненія, которую этотъ законъ предоставляетъ частнымъ лицамъ. Каждый законодатель международнаго общенія долженъ въ этомъ отношеніи помнить золотыя слова Бара, къ которымъ трудно что либо прибавить [1].

Раздѣлъ пятый.

На основаніи всего сказаннаго, мы резюмируемъ свой взглядъ на кодификацію международнаго частнаго права въ слѣдующихъ положеніяхъ:

I. Кодификація эта одна способна избавить международную жизнь отъ внѣшнихъ столкновеній законовъ, положительныхъ и отрицательныхъ. Знаменитый вопросъ „отсылки“ падетъ самъ собою, если международное частное право будетъ кодифицировано.

II. Точно также кодификація одна способна смягчить или уничтожить внутреннія столкновенія законовъ, т. е. коллизіи опредѣляющихъ моментовъ, понятій и отношеній.

III. Международный кодификаторъ долженъ стремиться къ возможному ограниченію дѣйствія „публичнаго порядка“, и разграничивать юрисдикціи независимо отъ воли частныхъ лицъ.

---

[1]) Bar, II, p. 4: Bevor wir also dem Parteiwillen sein Recht lassen, müssen wir wissen, welchem territorialen Rechte wir die Schranken dieses Parteiwillens zu entnehmen haben.

ОТДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

Гаагскія конференціи.

§ 1. Предвѣстники конференцій.

Уже въ 1874 году Голландское правительство обратилось къ нѣкоторымъ державамъ съ предложеніемъ созвать международную конференцію для выработки условій исполненія иностранныхъ рѣшеній, а также правилъ, предупреждающихъ столкновенія между законами различныхъ государствъ. Но предложеніе это не имѣло практическихъ результатовъ, хотя нѣкоторыя государства и отнеслись къ нему сочувственно.

Въ Италіи, съ первыхъ дней образованія королевства, замѣчается движеніе въ пользу разработки и кодификаціи международнаго частнаго права. Въ 1863, въ 1866, въ 1873 годахъ итальянская палата депутатовъ высказалась въ этомъ смыслѣ. Въ 1867 и въ 1877 годахъ итальянское правительство вело переговоры съ иностранными правительствами, не имѣвшіе, впрочемъ, успѣха. Въ 1881 году министръ иностранныхъ дѣлъ Манчини пожелалъ возобновить эти переговоры, и разослалъ итальянскимъ представителямъ за границей меморандумъ, очень живо рисующій неудобства современнаго положенія вещей. Новые переговоры не имѣли, однако, тоже практическихъ послѣдствій, равно какъ и формальное предложеніе итальянскаго правительства (1883 года)

собраться на юридическій конгрессъ въ Римѣ для разрѣшенія вопроса объ исполненіи иностранныхъ рѣшеній. Можетъ быть, какъ эту неудачу, такъ и первоначальный неуспѣхъ Голландіи слѣдуетъ приписать тому обстоятельству, что державы усумнились въ практичности дѣлаемыхъ предложеній, выдвигавшихъ сразу одинъ изъ самыхъ трудныхъ вопросовъ международнаго частнаго права [1]).

Южно-американскія республики сдѣлали еще въ 1877 г., на конгрессѣ въ Лимѣ, попытку регулировать свои отношенія въ области международнаго частнаго права. А въ 1889 году, на конгрессѣ въ Монтевидео эти республики заключили цѣлый рядъ трактатовъ по вопросамъ международнаго права, въ томъ числѣ договоръ о разрѣшеніи конфликтовъ законовъ (12 Февраля 1889 года) [2]). Договоръ этотъ представляетъ цѣлый кодексъ международнаго частнаго права [3]).

Кодификаціей международнаго частнаго права занимался также юридическій конгрессъ въ Мадридѣ 1892 года, въ которомъ, кромѣ южно-американскихъ государствъ, участвовали Испанія и Португалія. Мадридскій конгрессъ не далъ новыхъ договоровъ, а только рядъ заключеній [4]).

Выдающаяся, если не главная роль въ подготовкѣ умовъ къ Гаагскимъ конференціямъ принадлежитъ, конечно, институту международнаго права.

На первой же своей сессіи (въ Женевѣ, въ 1874 году). Институтъ занялся вопросами международнаго частнаго

---

[1]) Baron Guillaume, l. c., pp. 13 — 22, Chapitre II.

[2]) Baron Guillaume, l. c., pp. 284 — 291.

[3]) Титулъ I: о лицахъ; титулъ II: о домицилѣ; титулъ III: о безвѣстномъ отсутствіи; титулъ IV: о бракѣ; титулъ V: объ отцовской власти; титулъ VI: о происхожденіи: титулъ VII: объ опекѣ и попечительствѣ; титулъ VIII: постановленія, касающіяся титуловъ IV, V и VI; титулъ IX: о вещахъ; титулъ X: о сдѣлкахъ; титулъ XI: о брачныхъ договорахъ; титулъ XII: о наслѣдствахъ; титулъ XIII: о давности; титулъ XIV: о подсудности; общія постановленія (Meili, Kodification, pp. 103 — 123).

[4]) Baron Guillaume, pp. 293 — 295.

права, и принялъ къ свѣдѣнію слѣдующія „общія положенія“, предложенныя Манчини:

I. Институтъ признаетъ очевидную пользу и даже въ нѣкоторыхъ случаяхъ необходимость для цивилизованныхъ государствъ принять съ общаго согласія обязательныя и единообразныя нормы международнаго частнаго права, коими должны были бы руководиться публичныя власти и, въ особенности, суды договаривающихся государствъ для разрѣшенія вопросовъ, касающихся лицъ, вещей, актовъ, наслѣдствъ, процедуры и иностранныхъ рѣшеній.

II. Институтъ полагаетъ, что лучшимъ средствомъ къ достиженію этой цѣли было бы приготовленіе самимъ институтомъ проектовъ этихъ договоровъ, какъ объ общихъ, такъ и о частныхъ вопросахъ, и въ особенности о конфликтахъ касающихся браковъ, наслѣдствъ и исполненія иностранныхъ рѣшеній. Эти проекты договоровъ могли бы служить основаніемъ для оффиціальныхъ переговоровъ и для окончательной редакціи, которые были бы поручены конференціи юрисконсультовъ и спеціальныхъ делегатовъ разныхъ государствъ, при чемъ государствамъ, не участвовавшимъ въ конференціи, могло бы быть въ извѣстныхъ случаяхъ предоставлено право присоединенія къ ея постановленіямъ.

III. Эти договоры не должны обязывать государствъ къ полному уравненію своихъ кодексовъ и законовъ; такое требованіе только затормозило бы прогрессъ цивилизаціи. Но не касаясь законодательной независимости, эти договоры должны заранѣе опредѣлить, какой изъ сталкивающихся законовъ примѣнимъ къ различнымъ правоотношеніямъ. Такимъ образомъ это опредѣленіе будетъ совершаться внѣ противорѣчій иногда непримиримыхъ законодательствъ различныхъ народовъ, внѣ опаснаго вліянія національныхъ интересовъ и предразсудковъ, и внѣ сомнѣній юриспруденціи и даже самой науки.

IV. При настоящемъ положеніи науки международнаго права, было бы преувеличеніемъ принципа независимости и

территоріальнаго суверенитета націй приписывать имъ право отказывать иностранцамъ въ признаніи ихъ гражданскихъ правъ, и не признавать естественной юридической способности иностранцевъ упражнять эти права повсюду. Эта способность существуетъ независимо отъ всякихъ договоровъ и внѣ всякихъ договоровъ взаимности. Допущеніе иностранцевъ къ пользованію этими правами, и примѣненіе иностранныхъ законовъ къ правоотношеніямъ, отъ нихъ зависящимъ, не могутъ вытекать изъ простой вѣжливости (comitas gentium), а признаніе и уваженіе этихъ правъ со стороны всѣхъ государствъ должны разсматриваться какъ обязанность международной справедливости. Эта обязанность прекращается только тогда, когда права иностранца и примѣненіе иностранныхъ законовъ несовмѣстимы съ политическими учрежденіями территоріи, подчиненной другому суверенитету, или съ ея публичнымъ порядкомъ.

Въ 1875 году, въ Гаагѣ, Институтъ вотировалъ слѣдующій принципъ:

„Правила международнаго частнаго права, становящіяся закономъ государства вслѣдствіе международнаго договора, примѣняются судами, при чемъ на правительствѣ не лежитъ международной обязанности наблюдать за этимъ примѣненіемъ административнымъ путемъ“.

На слѣдующихъ своихъ сессіяхъ Институтъ международнаго права выработалъ слѣдующія положенія.

Въ Цюрихѣ (1877): о предупрежденіи столкновеній законовъ процессуальныхъ.

Въ Парижѣ (1878): объ исполненіи иностранныхъ рѣшеній.

Въ Оксфордѣ (1880): о конфликтахъ законовъ гражданскихъ.

Въ Туринѣ (1882): о конфликтахъ законовъ торговыхъ.

Въ Мюнхенѣ (1883), Брюсселѣ (1885), Гейдельбергѣ (1887) и Лозаннѣ (1888): о конфликтахъ законовъ о бракѣ и разводѣ.

Въ Брюсселѣ (1885): о конфликтахъ законовъ въ области морского права.

Въ Гамбургѣ (1891): а) о конфликтахъ законовъ объ опекѣ несовершеннолѣтнихъ, и б) о конфликтахъ законовъ объ акціонерныхъ обществахъ [1]).

§ 2. Гаагская конференція 1893 года.

Въ 1893 году нидерландскому правительству удалось, наконецъ, собрать въ Гаагѣ международную конференцію, которую оно созывало еще въ 1874 году. Въ этой Конференціи приняли участіе: 1) Германія (делегаты: баронъ фонъ-Секкендорфъ, графъ Арко-Валлей; 2) Австро-Венгрія (бар. Гаанъ, Коризмичъ); 3) Бельгія (бар. д'Анетанъ, фонъ-Клеемнутте, Беекмапъ, фанъ-ден-Бульке); 4) Данія (Матценъ); 5) Испанія (де-Вилла-Урутія, Оливеръ-и-Эстеллеръ, Торресъ Кампосъ); 6) Франція (Легранъ, Рено); 7) Италія (гр. Сонназъ, Фузинато); 8) Люксембургъ (Шомэ); 9) Голландія (Ассеръ, Беелаэртсъ фонъ-Блокландъ, Фейтъ, Рагузенъ); 10) Португалія (бар. Сендалъ); 11) Румынія (Миссиръ); 12) Россія (проф. Мартенсъ, г. Манухинъ и г. Малевскій-Малевичъ); 13) Швейцарія (Мейли, Рогэнъ).

Конференція открылась 12 Сентября 1893 года. Голландскій Министръ Иностранныхъ Дѣлъ фонъ-Тинговенъ привѣтствовалъ делегатовъ слѣдующей рѣчью:

„Милостивые Государи!

Я счастливъ, что мнѣ выпало на долю истолковать Вамъ чувства Правительства Ея Величества Королевы и открыть Ваши засѣданія.

Я подразумѣваю чувства глубокой признательности, обращенныя къ государствамъ большей части Европы, которыя поспѣшили принять наше приглашеніе, въ то время, какъ другія, смущенныя великими трудностями задуманнаго дѣла, дали все-таки доказательства интереса, который оно имъ

[1]) Baron Guillaume, l. c., pp. 23 — 43.

внушаетъ и не отказали въ своемъ содѣйствіи его выполненію.

Къ этимъ чувствамъ присоединяется чувство удовлетворенія, такъ какъ ваше присутствіе въ этой залѣ свидѣтельствуетъ о томъ, что препятствія, о которыя разбились въ 1874 и 1881 годахъ усилія Голландіи и Италіи придти къ международному соглашенію для разрѣшенія конфликтовъ законовъ, уже не существуютъ, или, по крайней мѣрѣ, ослабѣли.

Задача подготовить это разрѣшеніе, — великая и благородная задача. Но она и весьма нелегка и потому достойна вашихъ усилій.

Обезпеченность частныхъ интересовъ путемъ обезпеченія правъ не только во взаимныхъ отношеніяхъ подданныхъ одного государства, но также и при сношеніяхъ съ иностранцами, есть непремѣнное условіе благосостоянія индивидовъ и націй, какъ и всякаго соціальнаго прогресса.

Эта истина, признанная въ наше время всѣми цивилизованными націями, не позволяла даже въ древности считать слова hostis и peregrinus синонимами.

Древняя исторія учитъ насъ, что не только силою оружія, но и признаніемъ правъ иностранцевъ и побѣжденныхъ народовъ, Римляне успѣли утвердить и удержать свою гегемонію въ Италіи и на Средиземномъ морѣ, и сдѣлать изъ своей столицы властительницу міра и колыбель права, которому суждено было стать общимъ достояніемъ.

Принципы права и справедливости, разъ признанные человѣчествомъ, болѣе не гибнутъ.

Въ слѣдующіе вѣка права даже подданныхъ были часто мало обезпечены, такъ какъ наукѣ и юриспруденціи приходилось колебаться между множествомъ законовъ и статутовъ; тѣмъ не менѣе, было очевидно, что среди націй, водворившихся въ Европѣ на развалинахъ Римской Имперіи, принципъ обезпеченности интересовъ путемъ обезпеченія правъ, какъ туземцевъ, такъ и иностранцевъ, не потеряется въ разнообразіи несовершенныхъ системъ.

Въ нашъ вѣкъ кодификація дала эту обезпеченность гражданамъ одного и того же государства, но почти всюду на этомъ и остановились.

Хотя кодексы новаго времени и признали права иностранцевъ, все же безспорно, что различіе и недостатки системъ, основанныхъ на прежнемъ режимѣ, приводятъ къ многочисленнымъ неудобствамъ, сказывающимся особенно въ нашу эпоху, когда уничтожаются разстоянія и стираются границы, благодаря все разростающимся желѣзнымъ сѣтямъ и морскимъ путямъ, связывающимъ между собою всѣ страны, всѣ материки земного шара.

Нельзя отрицать, что для обезпеченія интересовъ, соединяющихъ въ наше время различныя націи, и для удовлетворенія потребностей, необходимыхъ для ихъ общаго благополучія, международныя отношенія нуждаются въ точныхъ и однообразныхъ правилахъ, прекращающихъ неизвѣстность, проистекающую изъ различія законовъ разныхъ странъ.

Но какъ согласовать эти правила съ уваженіемъ автономіи и суверенитета отдѣльныхъ государствъ?

Неужели было бы иллюзіей—вѣрить въ возможность созданія въ будущемъ кодекса международнаго частнаго права, который приняли бы всѣ націи, составляющія цивилизованный міръ? Неужели также иллюзія — вѣрить теперь уже въ возможность международнаго соглашенія, облеченнаго въ форму договоровъ или идентичныхъ законовъ, съ цѣлью достигнуть разрѣшенія конфликтовъ законовъ?

Ваши труды отвѣтятъ на эти вопросы.

Конечно, высокая важность и практическая польза дѣла не позволяютъ отступать передъ затрудненіями, которыя, впрочемъ, здѣсь, какъ и всюду, будутъ исчезать или, по крайней мѣрѣ, уменьшаться, по мѣрѣ вашего углубленія въ работу.

Что же касается насъ, то мы имѣемъ полную увѣренность въ вашемъ успѣхѣ. Увѣренность наша проистекаетъ, во-первыхъ, отъ общности принциповъ права, на которыхъ

основаны законодательства націй, которыя вы представляете, и во-вторыхъ отъ общности интересовъ, существующей между этими націями. Онѣ въ большинствѣ случаевъ уже соединены различными договорами, имѣющими предметомъ общіе интересы. Я ограничусь ссылкою на недавно заключенную въ Бернѣ конвенцію о перевозкѣ грузовъ по желѣзнымъ дорогамъ.

Но есть другая, болѣе возвышенная причина, которая поддерживаетъ насъ въ этой увѣренности: надъ суверенитетами народовъ возвышается суверенитетъ справедливости и права, передъ которымъ склоняются всѣ цивилизованныя націи.

Въ самомъ дѣлѣ, здѣсь не приходится говорить ни о послѣдствіи, вытекающемъ изъ comitas gentium, ни о необходимости, созданной исключительно матеріальными интересами, но прежде всего объ основномъ принципѣ справедливости, по которому каждому воздается по заслугамъ, — jus suum cuique.

Торжество этого принципа, примѣненіе его по всѣмъ положеніямъ, во всѣхъ странахъ, только вопросъ времени.

Настоящее время намъ кажется, кромѣ того, благопріятнымъ для соглашенія относительно нѣкоторыхъ вопросовъ международнаго частнаго права. Мы видимъ, что въ Америкѣ нѣсколько государствъ уже соединились для введенія въ свои законодательства единообразныхъ правилъ.

Ваше благоразуміе найдетъ средства установить на самомъ широкомъ основаніи тѣ пункты, относительно которыхъ существуетъ communis opinio, и мы пе сомнѣваемся, что вы выработаете правила, основанныя на этой communis opinio, и такимъ образомъ подготовите и укажете путь, по которому должны слѣдовать какъ представляемые вами народы, такъ и другіе, которые не замедлятъ примкнуть къ соглашенію, какъ только его возможность и польза будутъ доказаны.

Предметъ, которымъ вамъ предстоитъ заняться, не есть terra incognita для большинства изъ васъ, и я радъ привѣтствовать среди васъ не только выдающихся европейскихъ дипломатовъ, но и знаменитыхъ ученыхъ, которые за послѣднее время своими трудами, лекціями и періодическими

съѣздами безъ отдыха работали для торжества принциповъ справедливости, которые должны управлять международными отношеніями.

Привѣтствуя васъ, правительство Ея Величества выражаетъ страстное пожеланіе, чтобы, благодаря вашимъ работамъ, правительства, пославшія васъ сюда, могли бы пожать плоды вашихъ усилій, и чтобы вашъ трудъ былъ шагомъ по направленію къ задуманному нами дѣлу мира, и свидѣтельствовалъ лишній разъ потомству о томъ, что европейскіе народы XIX вѣка, хотя и во многомъ между собою расходившіеся, все же были тѣсно связаны любовью къ праву и справедливости" [1]).

Въ отвѣтъ на эту рѣчь баронъ д'Анетанъ предложилъ избрать въ предсѣдатели Конференціи одного изъ голландскихъ министровъ. Эти послѣдніе отклонили, однако, эту честь, и предложили вмѣсто себя члена Нидерландскаго Государственнаго Совѣта, извѣстнаго ученаго Ассера, который и былъ избранъ единогласно въ президенты.

Вступительная рѣчь г. Ассера не менѣе замѣчательна, чѣмъ только что приведенная рѣчь фонъ-Тинговена.

„Я не хочу скрывать глубокаго волненія" сказалъ г. Ассеръ, „которое я испытываю, приглашая васъ приступить къ работѣ.

Мечта моей юности, повидимому, близка къ осуществленію.

Благодаря вашему цѣнному содѣйствію, вашимъ познаніямъ и вашей опытности, мы успѣемъ, безъ сомнѣнія, выработать единообразныя нормы, удобныя для законодателей, и мы положимъ, такимъ образомъ, основаніе кодификаціи международнаго частнаго права.

Какому методу будемъ мы слѣдовать для достиженія этой цѣли? Каковъ будетъ порядокъ нашихъ трудовъ? Гдѣ исходная точка нашихъ преній?

Эти вопросы разрѣшите вы сами, милостивые государи.

---

[1]) Actes de la Conférence de la Haye 1893, pp. 23 — 25.

Но что бы вы ни рѣшили, я думаю, что выражу вашу мысль, сказавъ, что для достиженія цѣли мы всѣ должны будемъ сдѣлать взаимныя уступки: мы должны будемъ принести въ жертву на алтарь международнаго соглашенія многія дорогія намъ мнѣнія и идеи.

Мы не забудемъ также возраженій, колебаній, сомнѣній, которыя возникнутъ во многихъ странахъ, когда дѣло дойдетъ до санкціи правилъ, нами выработанныхъ; мы не забудемъ, что для обезпеченія этой санкціи не всегда придется выбрать наиболѣе радикальную систему.

Мы уважаемъ суверенитетъ и автономію государствъ. Мы не стремимся къ объединенію всего гражданскаго права. Вѣдь, именно различіе національныхъ законовъ заставляетъ чувствовать необходимость единообразнаго разрѣшенія международныхъ конфликтовъ.

Такимъ образомъ, программа этой Конференціи, сама по себѣ является данью національной независимости.

Для утопистовъ, мечтающихъ объ объединеніи всѣхъ законовъ, разрѣшеніе конфликтовъ ихъ не имѣетъ смысла.

Для насъ объединеніе мыслимо и желательно только для нѣкоторыхъ категорій законовъ, носящихъ особенно космополитическій характеръ, какъ то законы о векселяхъ, морской торговлѣ, международныхъ транспортахъ и другихъ торговыхъ договорахъ.

Въ этомъ отношеніи Бернская конвенція 1890 года о международныхъ транспортахъ грузовъ по желѣзнымъ дорогамъ, уже упомянутая г. Министромъ Иностранныхъ Дѣлъ, составляетъ большой прогрессъ, и проекты единообразныхъ законовъ о векселяхъ и о морскомъ правѣ, — результатъ инціативы Бельгійскаго правительства въ 1885 году — заслуживаютъ всего нашего вниманія.

Объединеніе желательно, кромѣ того, всякій разъ тогда, когда правило, предложенное для разрѣшенія конфликтовъ, предполагаетъ, какъ основаніе своей дѣйствительности, единообразный законъ о нѣкоторыхъ матеріяхъ.

Если напр. мы подчиняемъ извѣстныя правоотношенія національному закону, слѣдуетъ уничтожить всякія сомнѣнія относительно національности индивидовъ. Отсутствіе гармоніи между законами, регулирующими пріобрѣтеніе и потерю національности, очень часто ведетъ къ подобнымъ сомнѣніямъ. Для уничтоженія ихъ имѣется только одно дѣйствительное средство — единообразный законъ о національности.

Правила, которыя вы предложите, по всей вѣроятности, будутъ имѣть универсальный характеръ въ томъ смыслѣ, что они войдутъ въ положительное право принявшихъ ихъ государствъ, а не будутъ введены какъ спеціальные законы, предназначенные исключительно для регулированія юридическихъ отношеній между договаривающимися государствами.

Будутъ, конечно, и исключенія. Возможно, что предлагая международное признаніе извѣстныхъ институтовъ, имѣвшихъ до сихъ поръ чисто національный характеръ, вы пожелаете ограничить примѣненіе новой системы договаривающимися государствами.

Что касается формы, наиболѣе подходящей къ новому международному праву, то слѣдуетъ ли выбрать договоры или единообразные національные законы?

Вы знаете лучше меня удобства и неудобства присущія каждой изъ этихъ двухъ системъ.

Что касается меня, то я полагаю, что невозможно сдѣлать рѣшительный выборъ.

Для нѣкоторыхъ матерій форма договоровъ неизбѣжна, для другихъ гораздо легче будетъ достигнуть цѣли путемъ національныхъ законовъ, по возможности совпадающихъ съ проектами, предложенными законодателямъ международнымъ центральнымъ комитетомъ, какъ я уже теперь позволю себѣ назвать эту конференцію, открытую при счастливыхъ предзнаменованіяхъ. Часто можно будетъ также комбинировать обѣ системы, включая основные принципы въ договоръ, и предоставляя отдѣльнымъ законодателямъ заботу о способѣ ихъ примѣненія и о подробностяхъ [1]). . . . .“

[1]) Actes etc., 1893, pp. 26 — 27.

Въ заключеніе г. Ассеръ предложилъ назначить:

1. Почетными президентами конференціи: голландскихъ Министровъ Иностранныхъ Дѣлъ и Юстиціи, и посланниковъ Бельгіи, Испаніи, Франціи и Италіи.

2 Вице-президентами: барона Секендорфа, барона Гаана и проф. Мартенса.

3. Секретарями: г. Теста, графа Биландта, барона де Фос-фанъ-Стеевейкъ и Брейкельмана.

Предложенія эти были приняты конференціей.

Вслѣдъ за тѣмъ начались пренія о способѣ выраженія конференціей своихъ мнѣній. Предсѣдатель предложилъ принципъ большинства голосовъ; другіе делегаты (проф. Мартенсъ, баронъ Секкендорфъ) высказались за необходимость единогласія. Но послѣ того какъ было констатировано, что голоса, подданные делегатами, выражаютъ только личные взгляды послѣднихъ, и не связываютъ самихъ правительствъ, конференція приняла предложеніе предсѣдателя [1]).

На засѣданіи 13 Сентября нѣкоторые делегаты нашли, что представленная Нидерландскимъ правительствомъ программа занятій, обхватывающая почти все международное частное право, слишкомъ обширна и носитъ черезчуръ общій характеръ. Поэтому было рѣшено заняться прежде всего вопросами о 1) бракѣ, 2) формѣ актовъ, 3) наслѣдованіи, 4) процедурѣ [2]).

Анализъ работъ конференціи и ея коммисій будетъ нами данъ въ особенной части этого труда. Здѣсь мы удовольствуемся приведеніемъ заключительной рѣчи г. Ассера (27 Сентября 1893 года), резюмирующей все сдѣланное первымъ парламентомъ международнаго частнаго права.

„Милостивые государи.

Наша работа окончена. И хотя она имѣла только подготовительный характеръ, я думаю, мы можетъ быть довольны ея результатами.

---

[1]) Actes etc., 1893, pp. 27 — 28.

[2]) Actes etc., 1893, pp. 29 — 33.

Сочувствіе, которое встрѣтило предложеніе Ея Величества королевы Нидерландской со стороны почти всѣхъ государствъ Европы, уже само по себѣ очень многозначительно, такъ какъ до настоящаго времени всѣ анологичныя предложенія не приводили къ созванію конференціи.

Констатируя всю важность факта, что правительствамъ угодно было быть здѣсь представленными, я позволю себѣ добавить, что самымъ выборомъ своихъ делегатовъ эти правительства какъ бы хотѣли заявить, что они считаютъ задачу конференціи весьма серьезной и требующей содѣйствія лучшихъ юридическихъ силъ, которыми располагаютъ различныя государства.

На первыхъ же засѣданіяхъ мы могли убѣдиться, сколь много этотъ счастливый выборъ посодѣйствуетъ успѣху нашихъ работъ.

Хотя нѣкоторые изъ васъ, милостивые государи, только за нѣсколько дней до открытія конференціи были извѣщены о своемъ назначеніи и такимъ образомъ не имѣли возможности спеціально подготовиться, тѣмъ не менѣе, послѣ краткаго обмѣна мыслей, установилось замѣчательное единогласіе какъ относительно предметовъ, подлежащихъ вашему обсужденію, такъ и относительно метода обсужденія.

Вамъ показалось необходимымъ остановиться на спеціальныхъ вопросахъ, особенно нуждающихся въ единообразныхъ правилахъ разрѣшенія. Но вы формулировали также нѣсколько правилъ общаго значенія, въ особенности относительно формы актовъ, а въ правилахъ о бракѣ вы признали принципъ національности.

Принятыя вами общія правила объ актахъ вы не сочли, однако, удобнымъ предложить правительствамъ для заключенія дипломатическаго договора.

Эти правила не внесены поэтому въ „окончательный протоколъ“, но они всетаки должны свидѣтельствовать о единомысліи правительствъ относительно выраженныхъ въ нихъ принциповъ, и будущіе законодатели, конечно, будутъ имѣть въ виду ваши резолюціи.

Кромѣ того, эти правила послужатъ основаніемъ для положеній, которыя въ международныхъ договорахъ о специальныхъ матеріяхъ будутъ регулировать форму актовъ.

Такимъ образомъ, вы уже имѣли случай примѣнить эти правила въ проектѣ регламента международнаго брачнаго права, и въ проектѣ регламента, касающагося завѣщаній.

Проектъ регламента о бракахъ, предложенный конференціей на усмотрѣніе правительствъ, долженъ стать международнымъ закономъ, или ставъ предметомъ одной или нѣсколькихъ конвенцій между государствами, или же будучи принятъ законодателями, какъ единобразный законъ. За этимъ регламентомъ неизбѣжно послѣдуютъ регламенты о послѣдствіяхъ брака для личныхъ и имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ и о разводѣ и разлученіи. Но такъ какъ вашъ проектъ крайне тщательно редактированъ и обнимаетъ свой предметъ всею полностью, то ничто, на мой взглядъ, не препятствуетъ принятію его даже до достиженія соглашенія относительно другихъ частей брачнаго права.

Въ области наслѣдствъ и завѣщаній вами принято весьма важное правило: принципъ единства наслѣдства, вытекающій изъ повсемѣстнаго примѣненія національнаго закона покойнаго.

Принятіе этого принципа, уже принятаго гражданскими кодексами Италіи и Испаніи, делегатами почти всей континентальной Европы, само по себѣ фактъ первой важности.

Однако, такъ какъ обыкновенно признаютъ, что этотъ принципъ можетъ быть признанъ государствами только съ извѣстными оговорками, отстраняющими его примѣненіе въ случаяхъ нарушенія законовъ публичнаго порядка или соціальнаго интереса, и такъ какъ конференція эта не приняла общей формулировки принципа, которую мы находимъ въ итальянскомъ и испанскомъ кодексахъ — то является необходимость опредѣлить исключенія, которыя каждая страна сочтетъ нужнымъ сдѣлать въ интересахъ публичнаго порядка.

Будущая конференція займется этими вопросами, исходя изъ вотированныхъ вами общихъ началъ.

Наконецъ вы рѣшили предложить вашимъ правительствамъ два проекта регламентовъ гражданскаго и торговаго судопроизводства. Одинъ изъ нихъ касается судебныхъ порученій (commissions rogatoires), другой — сообщенія судебныхъ или внѣ-судебныхъ актовъ.

Для того чтобы этотъ послѣдній, крайне важный, проектъ могъ бы войти прочно въ систему положительнаго международнаго права, на мой взглядъ, необходимо и крайне желательно, чтобы порядокъ врученія повѣстокъ иностранцамъ былъ бы измѣненъ въ нѣкоторыхъ государствахъ.

Проектъ о судебныхъ порученіяхъ въ этомъ не нуждается. Заключеніе договора относительно этого вопроса между государствами, представленными на конференціи, могло бы безъ неудобствъ послѣдовать въ непродолжительномъ времени, и одно уже это обезпечило бы вамъ благодарность всѣхъ тѣхъ, кто заинтересованъ въ правильномъ ходѣ процесса и въ уничтоженіи путъ, которые мѣшаютъ еще торжеству права въ гражданскихъ спорахъ.

Изъ сказаннаго мною слѣдуетъ, что во многихъ отношеніяхъ было бы желательно созвать новую конференцію для развитія и пополненія сдѣланнаго вами. Конференціи эта необходима и для продолженія вашихъ трудовъ въ другихъ областяхъ права.

Будемъ надѣяться, что эта новая конференція, на которой желательно бы видѣть представленными и страны, теперь не пославшія делегатовъ, собралась въ не слишкомъ отдаленную эпоху. Постараемся о томъ, чтобы эта конференція приняла методъ занятій, который позволилъ бы делегатамъ подготовиться къ работамъ до оффиціальнаго открытія.

Если приглашенія будутъ разосланы безъ замедленій, — назначенія делегатовъ, которыя, надѣюсь, будутъ только подтвержденіемъ мандатовъ нынѣшнихъ, могутъ послѣдовать за нѣсколько мѣсяцевъ до начала коллективнаго труда, что по-

зволитъ членамъ настоящихъ коммисій подготовить, хотя оффиціозно, положенія, которыя они предложатъ конференціи, по вопросамъ, указаннымъ сообща правительствами.

Я кончаю, милостивые государи, выраженіемъ глубокой благодарности.

Когда вы оказали мнѣ великую честь выбрать меня предсѣдателемъ, я просилъ вашего снисхожденія.

Вы не отказали мнѣ въ немъ.

Благодаря крайней любезности, благодаря дружескому и товарищескому духу вашихъ преній, задача президента была и легка и пріятна.

Позвольте мнѣ также поблагодарить гг. секретарей конференціи, которые въ теченіе этихъ двухъ недѣль несли тяжелыя обязанности и исполняли ихъ съ замѣчательной ровностью и самоотверженностью".

Послѣ заключительныхъ словъ барона д'Анетана и Министра иностранныхъ дѣлъ, и благодарности, вотированной г. Ассеру, этотъ послѣдній объявилъ закрытой первую конференцію международнаго частнаго права [1]).

„Protocole Final" конференціи содержитъ слѣдующія постановленія: I. Dispositions concernant le mariage. II. Dispositions concernant la communication d'actes judiciaires ou extrajudiciaires. III. Dispositions concernant les commissions rogatoires. IV Dispositions concernant les successions.

Вторая Гаагская Конференція (1894 года).

Вторая Гаагская конференція открылась 25 Іюня 1894 года. Приводимъ выдержки изъ вступительной рѣчи (26 Іюня) г. Ассера, снова избраннаго въ президенты.

„...Вскорѣ послѣ закрытія I-ой конференціи, Голландское Правительство сообщило правительствамъ всѣхъ представленныхъ здѣсь государствъ, что оно принципіально санкціонировало всѣ резолюціи Конференціи и предложило эти резо-

[1]) Actes etc., 1893, pp. 81 — 84.

люціи, какъ базисъ будущихъ работъ. Въ надеждѣ, что это предложеніе будетъ сочувственно принято, Голландское правительство предложило въ тоже время созвать вторую Конференцію въ Гаагу, къ 25 Іюня 1894 года и представило вмѣстѣ съ тѣмъ на усмотрѣніе правительствъ проектъ программы вопросовъ, которыми могла бы заняться новая конференція.

Этотъ проектъ содержалъ слѣдующіе пункты:

1. Послѣдствія брака по отношенію къ личности и имуществу супруговъ.

Расторженіе и ничтожность брака.

Разлученіе.

2. Опека.

Попечительство.

3. Уравненіе иностранцевъ съ туземцами (въ гражданскомъ процессѣ).

Cautio judicatum solvi.

Pro-Deo.

4. Конкурсъ.

5. Наслѣдства и завѣщанія.

Какъ вы видите, Нидерландское правительство сочло нужнымъ поставить на очередь не только важные вопросы, обсуждавшіеся въ Сентябрѣ прошлаго года, но и два новыхъ: объ опекѣ и конкурсѣ.

Результатъ былъ самый благопріятный. Всѣ правительства, представленныя въ 1893 году, приняли предложеніе, и, кромѣ того, мы имѣемъ удовольствіе видѣть среди насъ почтенныхъ делегатовъ Швеціи и Норвегіи.

Одно изъ представляемыхъ правительствъ, Датское, принимая новое приглашеніе, сдѣлало оговорку по отношенію къ резолюціямъ 1893 года, подчиняющимъ нѣкоторыя правоотношенія національному закону, тогда какъ датскій законъ отдаетъ предпочтеніе legi domicilii.

Нѣкоторыя правительства, принимая приглашенія, сочли нужнымъ констатировать, что резолюціи конференціи не могутъ связывать правительствъ.

Эта точка зрѣнія безусловно правильна. Нашъ мандатъ не идетъ далѣе разсмотрѣнія вопросовъ, намъ предложенныхъ, и редакціи проектовъ, которые покажутся намъ удобными для предупрежденія правовыхъ конфликтовъ. Мы не можемъ предрѣшать постановленій правительствъ ни относительно содержанія, ни относительно формы этихъ проектовъ.

Вы вспомните, можетъ быть, милостивые государи, что на первомъ же засѣданіи I-ой конференціи президентъ, именемъ своего правительства, констатировалъ, что вопросъ о формѣ, которая должна придать вашимъ резолюціямъ силу закона, долженъ быть оставленъ на усмотрѣніе государствъ. Правительства рѣшатъ, должны-ли резолюціи, вотированныя вами и одобренныя правительствами, быть санкціонированы международными договорами или единообразными національными законами; вѣроятно, этотъ вопросъ не будетъ рѣшенъ одинаково для различныхъ матерій. Правительства же рѣшатъ, должны-ли международныя конвенціи носить универсальный характеръ, какъ Почтовая Унія, Телеграфная и т. д., или же конвенціи будутъ заключены между ограниченнымъ числомъ державъ. И здѣсь, вѣроятно, предметъ, подлежащій регламентаціи, повліяетъ на форму.

Во всякомъ случаѣ, я могу сказать, что Голландское правительство, обращаясь къ другимъ государствамъ съ своей нотой въ 1892 году, не думало предложить имъ образованіе уніи международнаго частнаго права, аналогичной обширнымъ ассоціаціямъ въ области экономическихъ отношеній, о которыхъ я только что говорилъ.

Но нельзя отрицать, что для нѣкотораго числа юридическихъ вопросовъ, цѣль не будетъ достигнута иначе, какъ при участіи большого числа державъ. Я позволю себѣ указать здѣсь на регламенты, касающіеся судебныхъ порученій и передачи судебныхъ актовъ, уже вотированные вами, а также и на проекты объ уничтоженіи cautio judicatum solvi и объ оказаніи безмездной помощи неимущимъ иностранцамъ (pro deo).

Оговорки, сдѣланныя нѣкоторыми государствами при при-

нятіи приглашенія Голландіи, вполнѣ совпадаютъ съ намѣреніями моего правительства; но эти оговорки все-таки не уменьшаютъ значенія вашихъ трудовъ и резолюцій. Даже признавая, что въ нѣкоторыхъ областяхъ права невозможно принять идентичныя правила для всѣхъ государствъ, все же нельзя отрицать высокаго практическаго значенія вашей совмѣстной работы, потому что она поможетъ выяснить, до какой степени возможно реализовать гармонію, и дастъ проекты, которые послужатъ типами для законовъ и договоровъ о международномъ частномъ правѣ.

Хотя мы только начинаемъ свои труды, я убѣжденъ, въ виду всего сдѣланнаго раньше, что всѣ члены Конференціи воодушевлены желаніемъ придти къ рѣшеніямъ, которыя правительствамъ окажется возможнымъ принять не въ отдаленномъ будущемъ, а немедленно, и не вводя въ свои законодательства слишкомъ радикальныхъ измѣненій (modifications subversives) . . . .

Если г. Рено правъ, говоря, что Голландское правительство хочетъ „ковать желѣзо, пока оно горячо“, т. е. воспользоваться благопріятными обстоятельствами для приступленія къ высоко-человѣчной работѣ кодификаціи международнаго частнаго права, — то отсюда не слѣдуетъ, чтобы это правительство желало подвергнуть опасности практическое значеніе и прочность начатаго имъ дѣла посредствомъ слишкомъ поспѣшныхъ или слишкомъ идеальныхъ резолюцій.

Мы всѣ понимаемъ, что международный законъ еще болѣе, чѣмъ законъ отдѣльнаго государства, долженъ быть приготовленъ и обсужденъ въ величайшемъ спокойствіи и съ величайшемъ стараніемъ „...здѣсь въ особенности примѣнимы слова поэта: „Vingt fois sur le métier nous remettrons notre ouvrage, nous le polirons sans cesse et le repolirons“...“

Нельзя не отмѣтить крайней осторожности, которой проникнута вся рѣчь почтеннаго президента. Осторожность эта отразилась и на работахъ конференціи, и, какъ мы позволяемъ себѣ думать, она не всегда дала желательные результаты. Чрезмѣрная боязнь, какъ бы международный законо-

проектъ не былъ сочтенъ тѣмъ или другимъ государствомъ „подрывающимъ основы“ (subversif), привела къ тому, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ конференція просто освятила, а не разрѣшила существующіе конфликты между законами. — Международный законодатель долженъ, конечно, дѣйствовать осмотрительно, но если онъ поставитъ себѣ главною цѣлью не интересы международнаго общенія, а полное удовлетвореніе частныхъ интересовъ всѣхъ отдѣльныхъ государствъ, то онъ не придетъ ни къ какому результату. Идея международнаго общенія должна ему служить компасомъ, указывая, когда интересъ одного государства долженъ уступить другому. Справедливость требуетъ, однако, констатировать, что задача Конференціи была не изъ легкихъ, и что, если въ нѣкоторыхъ частныхъ случаяхъ она и дѣйствовала недостаточно рѣшительно, то за то въ общемъ она выработала рядъ замѣчательныхъ проектовъ, являющихся выраженіемъ юридическаго сознанія современнаго цивилизованнаго міра, и принятіе которыхъ будетъ большимъ шагомъ впередъ на пути прогресса и замиренія человѣчества.

II-я Гаагская конференція выработала слѣдующіе проекты:

I. О бракѣ. II. Объ опекѣ. III. О гражданскомъ процессѣ. IV. О конкурсѣ. V. О наслѣдствахъ и завѣщаніяхъ.

Третій проектъ (о гражданскомъ процессѣ) [1]) въ настоящее время уже составляетъ предметъ международной конвенціи, заключенной 2 (14) Ноября 1896 года въ Гаагѣ между всѣми государствами, участвовавшими на Гаагскихъ конференціяхъ, въ томъ числѣ Россіей.

Въ Январѣ 1898 года „Нидерландское правительство обратилось къ державамъ, отправлявшимъ своихъ делегатовъ на первую и вторую Гаагскія конференціи, съ приглашеніемъ при-

[1]) III. Dispositions concernant la procédure civile.
a) Communication d'actes judiciaires ou extra — judiciaires.
b) Commissions rogatoires.
c) Caution judicatum solvi.
d) Assistance judiciaire.
e) Contrainte par corps.

нять участіе и въ третьей конференціи по частному международному праву, имѣющей собраться въ г. Гаагѣ въ первой половинѣ 1899 года для окончательной подготовки почвы для международнаго соглашенія по предметамъ", которыхъ не коснулась конвенція 1896 года. „При этомъ въ нотѣ Нидерландскаго посланника при нашемъ Дворѣ отъ 4 (16) Января 1898 года, въ коей передавалось Императорскому правительству означенное приглашеніе, была выражена, между прочимъ, обращенная ко всѣмъ приглашаемымъ державамъ, просьба сообщить Нидерландскому правительству, въ видахъ облегченія будущей конференціи исполненія ея задачи, свои замѣчанія и предположенія по вопросамъ, имѣющимъ составить предметъ будущихъ занятій конференціи. Выраженныя, такимъ образомъ, мнѣнія, съ которыми, конференція должна будетъ считаться, Нидерландское правительство намѣревается сообщить всѣмъ заинтересованнымъ державамъ, что позволило бы послѣднимъ дать болѣе точныя инструкціи своимъ делегатамъ, которые, въ свою очередь, нашли бы въ 1899 году на Конференціи почву надлежаще подготовленную" [1]).

Согласно съ этимъ желаніемъ Голландскаго правительства, при нашемъ Министерствѣ Иностранныхъ Дѣлъ было образовано, подъ предсѣдательствомъ Ф. Ф. Мартенса, совѣщаніе изъ представителей разныхъ вѣдомствъ, которое разсмотрѣло представленную Гаагскимъ кабинетомъ программу новой конференціи, и представило свои соображенія. Соображенія эти, послѣ одобренія подлежащихъ вѣдомствъ, должны послужить основаніемъ имѣющей быть преподанной нашимъ делегатамъ инструкціи.

Третья Конференція по международному частному праву не состоялась въ 1899 году, въ виду созыва въ Гаагу Мирной Конференціи. Она соберется, вѣроятно, весною 1900 года.

---

[1]) Объяснительная Записка къ журналамъ Совѣщанія, образованнаго въ 1898 году при Министерствѣ Иностранныхъ Дѣлъ, стр. 2.

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

Стран.	*Строка.*	*Напечатано.*	*Нужно читать.*
17	3 снизу	jure	rure
21	5 »	Bononia	Bolonia
24	10 »	въ виду, l. rei sitae	въ виду l. rei sitae
75	13 сверху	l. c. § 119	l. c. § 115
75	13 »	несовершеннолѣтнихъ	несовершеннолѣтнихъ,
75	примѣч. [8])	l. c. § 21 и сл.	l. c. § 91 и сл.
76	6 снизу	подданныхъ соблюденія	подданныхъ безусловнаго соблюденія
76	11 »	(l. c. § 60)	(Chap. XXVII, § 45)
76	14 »	(Chap. XXIII § 75)	(Chap. XXIII §§ 75—77)
78	4 »	(§ 64)	(Это слѣдуетъ изъ сопоставленія §§ 64, 51, 74 Chap. XXI и § 11 Chap. XXIV)
78	8 »	(§ 65)	(Это слѣдуетъ изъ сопоставленія §§ 65, 69, 76, 77 и 83).
1—92	въ разныхъ мѣстахъ	заграницей	за границей.
100	1 снизу	территоріальное	территоріальному
103	2 »	Унтона	Уитона
107	13 сверху	не согласны	несогласны
108	примѣч. [2])	опредѣляются	опредѣляется
109	» [1])	вчиняются	вчинаются
113		Уортолъ	Уортонъ
113	15 снизу	главнымъ мотивомъ	главный мотивъ
142	4 »	криторія	критерія
143	12 сверху	не примѣнимъ	непримѣнимъ
143	13 снизу	должно	должна
146	14 сверху	ие	не
146	6 снизу	прорывающимися	прорывающимся
148	7 сверху	и примѣнимъ	и непримѣнимъ
170	15 снизу	вглядываться	вглядѣться
171	1 »	комбинаціи	комбинація
185	6 сверху	самаго	самого
200	1 снизу	ninсht ehr	nicht mehr
208	2 сверху	было	было бы
240	10 снизу	Anknüpfungsbegriff	Anknüpfungsmoment
241	3 сверху	»	»